Die Bindung des Richters an das Gesetz und die Formerfordernisse des eigenhändigen Testaments

Zugleich ein Beitrag zur Reform des § 2247 BGB

Inaugural — Dissertation
zur Erlangung des akademischen Grades
eines Doktors der Rechte
durch die Rechtswissenschaftliche Fakultät
der Ruhr-Universität Bochum

vorgelegt von
Assessor Bernhard Görgens
Wissenschaftlicher Assistent

1976

1975

Die Bindung des Richters an das Gesetz und die Formerfordernisse des eigenhändigen Testaments

Zugleich ein Beitrag zur Reform des § 2247 BGB

Inaugural — Dissertation
zur Erlangung des akademischen Grades
eines Doktors der Rechte
durch die Rechtswissenschaftliche Fakultät
der Ruhr-Universität Bochum

vorgelegt von
Assessor Bernhard Görgens
Wissenschaftlicher Assistent

1975

Dekan: Prof. Dr. Heinrich W. Kruse

Erstberichterstatter: Prof. Dr. Paul Mikat

Zweitberichterstatter: Prof. Dr. Marcus Lutter

Tag der mündlichen Prüfung: 2. Februar 1976

UNIV.
LEIDEN
BIBL.

Inhaltsverzeichnis

Einleitung S. 1

A. Bindung des Richters an das Gesetz im Widerstreit zwischen Formerfordernissen und Billigkeit des Einzelfalls S. 4

I. Generelle Problematik der Spannung zwischen Rechtssicherheit und Einzelfallgerechtigkeit S. 5

II. Konsequenzen bei Anwendung und Auslegung des § 2247 BGB S. 9

1. Konflikt zwischen Rechtssicherheit(strikte Bindung an § 125 S. 1 BGB) und Einzelfallgerechtigkeit(Berücksichtigung der Funktion des § 2247 BGB) S. 9

a. Anforderungen generell verfehlt S. 12

b. Zweck der Vorschrift anderweitig erreicht S. 16

2. Lösungsansätze zum Ausgleich der widerstreitenden Prinzipien Rechtssicherheit und Billigkeit S. 18

a. Heilung durch Zweckerreichung als allgemeines Prinzip S. 18

b. Billigkeit als Korrektiv in Einzelfällen S. 21

aa. favor testamenti - §§ 2084ff. BGB S. 22

bb. § 242 BGB S. 23

cc. contra legem S. 28

3. Schlußüberlegungen zur Bindung des Richters an das Gesetz bei Anwendung und Auslegung des § 2247 BGB S. 47

B. Probleme des eigenhändigen Testaments de lege lata S. 52

I. Eigenhändigkeit S. 52

1. Blindenschrift S. 54

2. Blaupause S. 56

3. Einschübe von fremder Hand bzw. mit mechanischen Hilfsmitteln S. 61

4. Bezugnahme auf nicht eigenhändige Schriftstücke, insbesondere auf aus der amtlichen Verwahrung zurückgenommene öffentliche Testamente S. 67

5. Handschriftliche Abänderungen auf Durchschriften öffentlicher Testamente S. 72

II. Unterschrift S. 76

1. Initialen S. 78

2. Stellung der Unterschrift S. 79

a. Selbstbenennung S. 83

b. Briefumschläge bzw. Postkarten S. 85

aa. Absendervermerk bei Beförderung durch die Post S. 85

bb. Aufschrift auf nicht zur Versendung bestimmten Briefumschlägen S. 88

c. Nachträgliche Zusätze und Abänderungen S. 96

C. Überlegungen de lege ferenda S. 102

I. Historischer Rückblick S. 103

1. Entwicklung bis zum BGB S. 103

2. Einführung in das BGB S. 105

II. Regelung in den Nachbarländern S. 108

1. Mitteleuropäischer (deutschsprachiger) Rechtskreis S. 108

a. Deutsche Demokratische Republik S. 108

b. Österreich S. 109

c. Schweiz S. 110

2. Romanischer Rechtskreis S. 110

a. Frankreich S. 110

b. Niederlande S. 110

c. Italien und Vatikan S. 111

d. Spanien S. 112

3. Skandinavischer Rechtskreis S. 112

4. Angelsächsischer Rechtskreis S. 113

III. Ziel einer Neufassung des § 2247 BGB S. 114

IV. Einzelfragen S. 116
1. Formfreie Verfügungen S. 116
a. Vorteile S. 117
b. Nachteile S. 118
c. Ergebnis S. 119
2. Mündliche Verfügungen vor Zeugen S. 120
a. Vorteile S. 122
b. Nachteile S. 122
c. Ergebnis S. 123
3. Verfügungen auf Tonband oder Schallplatte S. 124
a. Vorteile S. 124
b. Nachteile S. 124
c. Ergebnis S. 126
4. Fremdhändiges bzw. maschinenschriftliches Testament S. 126
a. Nachteile S. 127
b. Vorteile S. 128
c. Ergebnis S. 129
d. Auswirkungen auf gegenwärtige Nichtigkeitsquellen S. 130
5. Unterschrift S. 132
a. Genereller Verzicht S. 132
aa. Vorteile S. 133
bb. Nachteile S. 133
cc. Ergebnis S. 133
b. Verzicht bei Selbstbenennung S. 134
aa. Nachteile S. 136
bb. Vorteile S. 136
cc. Ergebnis S. 136
dd. Auswirkungen auf gegenwärtige Schwierigkeiten S. 138
ee. Sonderfall: Selbstbenennung bei fremdhändigem Testament S. 140
c. Beglaubigung durch Zeugen S. 141
aa. Vorteile S. 141
bb. Nachteile S. 142
cc. Ergebnis S. 142

6. Generalklausel entsprechend § 2249 Abs. 6 BGB S. 143
a. Vorteile S. 143
b. Nachteile S. 144
c. Ergebnis S. 144
V. Fassung des § 2247 BGB de lege ferenda S. 145

Anmerkungen S. 147

Literaturverzeichnis S. 175

Zeitschriftenabkürzungsverzeichnis S. 195

Einleitung

Über siebzig Jahre Bürgerliches Gesetzbuch haben nicht bewirken können, daß die Diskussion um die Formerfordernisse des privatschriftlichen* Testaments ein - wenn auch nicht immer befriedigendes, so doch aufgrund ständiger Rechtsprechung als unabänderlich hingenommenes - Ende gefunden hätte. Zu sehr schwankt bezüglich der Gültigkeit privatschriftlicher Testamente die Rechtsprechung selbst der Obergerichte [1], zu sehr drängt sich der Eindruck auf, als seien bis heute Entscheidungen oft weniger vom Wortlaut des Gesetzes her zu verstehen, als vielmehr von sehr subjektiv bewerteten und rechtstechnisch nicht faßbaren besonderen Umständen des jeweiligen Einzelfalls.

Welche Konsequenzen lassen sich aus diesem unbefriedigenden Zustand ziehen? Die naheliegende Lösung, das Übel mit der Wurzel auszurotten und nur noch öffentlich errichtete Testamente zu gestatten, ist heute keine ernst zu nehmende Alternative mehr. Nachdem die durchaus schwerwiegenden und wohlüberlegten Bedenken in der älteren Literatur [2] und bei den Beratungen über die Schaffung des Bürgerlichen Gesetzbuches [3] erfolglos geblieben waren, ändern einzelne Stimmen [4] nichts mehr daran, daß seit der Neufassung des damaligen § 2231 Nr. 2 BGB aF durch § 21 TestG und spätestens dessen Wiedereingliederung als nunmehr § 2247 BGB [5] der Streit über die Existenzberechtigung eines privatschriftlichen Testaments nur noch von rechtshistorischem Interesse sein dürfte. Zu feste Wurzeln hatte der ehemalige Eindringling aus dem französischen Recht [6] geschlagen, als daß es der Erbrechtsausschuß gewagt

hätte, diese Art zu testieren ersatzlos zu streichen [7]. Seine anfänglichen Bestrebungen, unter Hinweis auf die damals stärker betonte Gemeinschaftsbindung des Erblassers das notariell oder gerichtlich beglaubigte Testament als einzige Form gewillkürter Nachlaßregelung zuzulassen [8], blieben erfolglos.

Zwar werden wir - rückblickend auf eine Vielzahl von Rechtsstreitigkeiten über die Gültigkeit [9] - das privatschriftliche Testament kaum noch als "eine der kostbarsten Gaben, welche das B.G.B. dem deutschen Volke gebracht hat" [10] preisen: wieder einmal haftete einem begeistert in Empfang genommenen Geschenk bei näherer Betrachtung doch einiges von der Büchse der Pandora an [11]. Dennoch dürfte es in einem Staat, der in Art. 14 Abs. 1 GG zusammen mit dem Eigentum das Erbrecht verfassungsrechtlich abgesichert hat [12], seinen gesicherten Platz haben. Ungeachtet aller Gefahren und Mißhelligkeiten des Einzelfalls gebietet das verfassungsrechtliche Postulat des Erbrechts - ein Grundrecht nicht nur des Erben, sondern auch des Erblassers [13] -, jedem eine praktikable Form zur Errichtung seines Testaments zur Verfügung zu stellen. Auch wer nur wenig zu vererben hat oder aus sonstigen Gründen den Weg zum Notar bzw. Gericht scheut, hat Anspruch auf eine angemessene Möglichkeit der Nachlaßregelung - womit freilich über die Ausgestaltung im einzelnen noch nichts gesagt ist.

Wegen der noch offenen Streitfragen und der oft widersprüchlichen Entscheidungen von Obergerichten ergibt sich die Notwendigkeit, zur Anwendung und Auslegung des § 2247 BGB sowie zu einer möglichen

Reform de lege ferenda Stellung zu nehmen. Insbesondere wird zu überprüfen sein, ob diese Vorschrift nicht zweckmäßig ist oder zu eng gefaßt, um Einzelfällen gerecht zu werden.

Insoweit hat schon Heinrich Lange zutreffend bemerkt [14], daß das privatschriftliche Testament, wenn es vom Gesetzgeber zugelassen wird, nicht zum "Fallstrick für Rechtsunkundige" werden darf. Sinn der Formerfordernisse letztwilliger Verfügungen ist nicht die Erschwerung ihrer Errichtung oder sogar die möglichst häufige Vernichtung wegen Nichteinhaltens der gebotenen Form [15]. Erst recht kann die Auslegung des vorgegebenen Gesetzestextes nicht davon abhängen, ob der Auslegende eine solche Art des Testierens grundsätzlich begrüßt oder ablehnt. Wer aus Unwillen über die Zulassung dieser Möglichkeit, seinen Nachlaß zu regeln, als Richter zu betont strenger Auslegung greifen oder als Rechtslehrer dazu raten würde, hätte eines der wesentlichen Strukturprinzipien des modernen gewaltenteilenden Staates nicht verstanden.

Selbst wenn aber § 2247 BGB nicht "Fallstrick" sein soll, bleibt doch das Grundproblem jeder gesetzlich vorgeschriebenen Form. Da sich bei Verstößen aus § 125 S. 1 BGB Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts ergibt, sind Konflikte zwischen Willen und Form unvermeidlich. Nicht immer ist es möglich, bei der Rechtsanwendung ein Ergebnis zu finden, das sowohl dem Interesse der Allgemeinheit an Rechtssicherheit und damit gleichmäßiger Entscheidung rechtlich gleichgelagerter Fälle als auch dem Bedürfnis der rechtsuchenden Parteien nach billiger Entscheidung ihres konkreten Streits gerecht wird.

In dieser schwierigen Situation eine feste Position finden zu helfen, wird mit Anliegen der folgenden Ausführungen sein. Um nicht in der Vielzahl der Einzelprobleme die Orientierung zu verlieren und zu Entscheidungen zu gelangen, die ohne sichere Basis als jeweils willkürlich erscheinen müssen, soll zunächst zur Spannung zwischen Rechtssicherheit und Billigkeit sowie zur Bindung des Richters an das Gesetz speziell bei § 2247 BGB als einer Formvorschrift des Testamentsrechts Stellung genommen werden.

A. Bindung des Richters an das Gesetz im Widerstreit zwischen Formerfordernissen und Billigkeit des Einzelfalls

Daß Rechtsanwendung nicht bloße Subsumtion ist und lege artis durchgeführt aufgrund des vorgegebenen Gesetzestextes stets zu einem sicher voraussehbaren Ergebnis führen muß, ist mittlerweile anerkannt. Gebrochen ist der Glaube des Positivismus an die Fähigkeit des Gesetzgebers, ein lückenloses und in sich geschlossenes, widerspruchsfreies Gesetzeswerk schaffen zu können [16]. Weite Bereiche des heutigen sozialen Lebens - etwa der des Arbeitsrechts - sind gesetzlich nicht oder nur unvollkommen geregelt. Mit fortschreitender Entwicklung neu auftretende Probleme wie z.B. die Frage der Produzentenhaftung finden ihre Lösung erst durch tastende Rechtsfortbildung, was jedenfalls so lange, bis eine klare und einheitliche Linie oder eine richtungweisende Entscheidung des entsprechenden Obergerichts vorhanden

ist, Rechtsuchenden einen Prozeß als schwer kalkulierbares Risiko erscheinen läßt. Josef Esser spricht daher in seinem Werk Grundsatz und Norm [17] vom "fragmentarischen Charakter der lex positiva" [18], von den "schönen Träumen (der) ... Kodifikationsblüten" [19] und der "Illusion der Lückenlosigkeit und Vollständigkeit" [20]. Solche harten Worte fallen nicht nur aus der Sicht eines eher theoriebezogenen Rechtslehrers. Aufgrund seiner Kenntnis der Praxis des Bundesgerichtshofes gebraucht Robert Fischer ebenfalls die Kennzeichnung "Illusion" für den in den Motiven zum Bürgerlichen Gesetzbuch zu findenden Optimismus, auch in Zukunft werde der Gesetzgeber eine Anpassung zwischen kodifizierten Rechtssätzen und den sich weiter entwickelnden sozialen Verhältnissen erreichen können [21].

Aber nicht nur auf Gebieten, auf denen eine Kodifikation fehlt, nur unvollkommen durchgeführt ist oder mit der Entwicklung nicht Schritt gehalten hat, gibt es Unsicherheit. Selbst da bleiben hinreichend Probleme, wo der Gesetzgeber Rechtsmaterien bis in Einzelheiten durchnormiert und eine ins Gewicht fallende Entwicklung nicht stattgefunden hat. Immer wieder bewahrheitet sich die bittere Erkenntnis, daß es unmöglich ist, allgemeine Normen zu formulieren, die in jedem konkreten Fall zu einem befriedigenden Ergebnis führen.

I. Generelle Problematik der Spannung zwischen Rechtssicherheit und Einzelfallgerechtigkeit

In einer Zeit, in der das Recht und die Person des einzelnen stärker als bisher in den Mittelpunkt rechtlicher und politischer Diskussion gerückt sind [22], erwarten Rechtsuchende die Entscheidung ihres Streits nicht mehr ausschließlich

aufgrund bloßer Subsumtion unter abstrakte Normen und rechtliche Institutionen. Viele Parteien verlangen heute vom Richter einen Spruch, der wegen der besonderen Umstände des Einzelfalls und dessen sozialen Hintergrundes als billig empfunden wird, wobei eine weitgehende Gleichsetzung von billig und gerecht stattfindet [23].

Andererseits wiederum stößt es schwerlich auf Verständnis des Bürgers, der unter Beachtung einer bestimmten Norm disponiert hat, wenn die Rechtsfolgen dieser Norm - aus Billigkeitsüberlegungen des Einzelfalls, die immer zugleich subjektiv gefärbt sind - gerade und vielleicht nur in seinem Fall nicht eintreten sollen.

Der Gerechtigkeit zu dienen ist nämlich nur eine Funktion des Gesetzes; ebenso wichtig scheint eine zweite: Gesetze schaffen Ordnung [24]. Sie haben Rechtsfriedensfunktion, gewähren dem Bürger Sicherheit und machen Rechtsprechung voraussehbar. Viele Streitigkeiten gelangen allein deshalb nicht bis ins Prozeßstadium, weil dem Petenten nach kundiger Beratung weniger die (moralisch/sittliche) Berechtigung seines Anliegens als vielmehr dessen Durchsetzbarkeit vor den Gerichten aufgrund der einschlägigen Normen fraglich geworden ist.

Wenn also resignierend festgestellt werden muß, daß in dem vorgefundenen menschlichen Bereich die Spannung zwischen von Menschen gemachten Gesetzen und transzendental gedachter Gerechtigkeit nicht gänzlich aufhebbar ist, so ließe sich vielleicht Trost in dem Goethe-Wort suchen: "Es ist besser, es geschieht Dir Unrecht, als die Welt sei ohne Gesetz" [25]. Das hieße, sich "mit einer Ungerechtigkeit gesetzten Rechts im Interesse der Rechtssicher-

heit" abzufinden, wie Gustav Radbruch einmal formuliert hat [26]. Annäherung von auseinanderklaffender Gerechtigkeit und positiv gesetzter Norm könnte nur erfolgen, wenn der Gesetzgeber von sich aus oder in einem funktionierenden demokratischen Rechtsstaat unter dem Druck der durch unbillige Entscheidungen aufgebrachten öffentlichen Meinung Gesetze modifizieren würde. Diesen extremen Standpunkt vertritt z.B. Hans Joachim Hirsch. Er hält ein klageabweisendes Urteil des Bundesgerichtshofs mit der Begründung, der Gesetzgeber lasse mit der notwendigen Reform noch immer auf sich warten, "für das Funktionieren des Organismus der Rechtsprechung sehr viel segensreicher" als eine klagezusprechende Entscheidung im Wege richterlicher Rechtsetzung [27].

Manchmal mag auch Mißtrauen des Gesetzgebers gegenüber den Gerichten der Grund zur Forderung nach strikter Gesetzestreue sein. So lautete § 1 Abs. 2 der VO Nr. 165 über Verwaltungsgerichte in der Britischen Zone: "Gerichte dürfen die Anwendung einer Gesetzesvorschrift nicht deshalb ablehnen, weil sie nach ihrer Ansicht der Billigkeit oder übergesetzlichen Grundsätzen widerspricht." [28]

Sicherlich hätte das von Hirsch geforderte Vorgehen - wenn auch auf Kosten materieller Gerechtigkeit - den Vorzug optimaler Rechtssicherheit, ein Vorzug, der nicht zu gering einzuschätzen ist. Das Bundesverfassungsgericht hat wiederholt betont, daß Rechtssicherheit zu den wesentlichen Elementen des Rechtsstaatsprinzips gehört [29]. Ihre ausschließliche Berücksichtigung würde jedoch den Gesichtspunkt der billigen Entscheidung des Einzelfalls völlig außer acht lassen und so ebenfalls auf Unverständnis

weiter Kreise der Bevölkerung stoßen [30]. Nicht nur Rechtssicherheit, auch materielle Gerechtigkeit gehört zur Rechtsstaatlichkeit [31] und hat Verfassungsrang [32]. Wenn das Bundesverfassungsgericht in diesem Zusammenhang weiter darlegt, es sei in erster Linie Aufgabe des Gesetzgebers, die Spannung und den Widerstreit zwischen beiden Prinzipien mit Verfassungsrang zu entscheiden [33], so heißt das nicht, daß dieser durch die bloße Formulierung von Gesetzen von seiner Entscheidungsbefugnis schon Gebrauch gemacht hätte. Im Regelfall, in dem ein ansonsten anerkanntes Gesetz lediglich in Einzelfällen zu Unbilligkeiten führt, ist keine Abwägung zwischen den genannten Prinzipien getroffen worden. Ein Abwägen liegt nur dann vor, wenn dem Gesetzgeber wie in den Fällen der Rückwirkung von Gesetzen beim Erlaß der Norm der Konflikt bewußt war.

Weiterhin dürfte die Auffassung, wonach nur Rechtssicherheit zu berücksichtigen sei und als deren Vertreter Hans Joachim Hirsch genannt wurde, dem Geist von Art. 1 Abs. 1 GG widersprechen, in dem an die Spitze der Grundrechte der Schutz menschlicher Würde gestellt ist. Jeder einzelne Rechtsuchende hat Anspruch auf angemessene Entscheidung seines Falls. Solange andere erlaubte Wege offen sind, darf der Einzelfall nicht als Vehikel notwendiger Gesetzeskorrekturen mißbraucht werden. Unnötig harte Entscheidungen, um den Gesetzgeber zur Aktivität zu zwingen, mögen dem Fortschreiten von Rechtssystematik und -wissenschaft dienen, nicht jedoch dem Recht. Schon Justinian hat unter die allgemeinen Rechtsregeln des corpus iuris folgenden Satz aufgenommen: "In omnibus quidem, maxime tamen in iure aequitas spectanda est." [34]

Robert Fischer weigert sich denn auch, der genannten Forderung von Hans Joachim Hirsch nachzugeben. Gerade unter Berufung auf die Entscheidungen des Reichsgerichts in der Beurteilung privatschriftlicher Testamente, die auf Briefbögen mit vorgedruckter Orts- bzw. Datumsangabe niedergeschrieben waren, hält er diesen Vorschlag für "zu einfach" und der Verantwortung des Richters gegenüber der Öffentlichkeit für nicht gerecht werdend [35].

II. Konsequenzen bei Anwendung und Auslegung des § 2247 BGB

Bei so widerstrebenden Zielvorstellungen eine insgesamt befriedigende Lösung zu finden, erscheint eine mehr als schwierige, wenn nicht unlösbare Aufgabe, die den Rahmen dieser Arbeit sprengen würde [36]. Auch zeigen die bisherigen Ausführungen schon, daß eine Abwägung der beiden rechtsstaatlichen Elemente Rechtssicherheit und Einzelfallgerechtigkeit kaum zu einem pauschalen, sondern zu einem nach Fallgruppen differenzierenden Ergebnis führen müßte, will man den unterschiedlichen Interessenlagen gerecht werden. Unter Einengung der aufgezeigten Problematik soll daher der Versuch unternommen werden, eine tragfähige Basis für die spätere Anwendung und Auslegung des § 2247 BGB zu finden, d.h. für den Spezialfall einer erbrechtlichen Formvorschrift.

1. Konflikt zwischen Rechtssicherheit (strikte Bindung an § 125 S. 1 BGB) und Einzelfallgerechtigkeit (Berücksichtigung der Funktion des § 2247 BGB)

Wie jede andere Formvorschrift ist § 2247 BGB in Zusammenhang mit § 125 S. 1 BGB zu sehen.

Dort hat der Gesetzgeber die Grundentscheidung getroffen, daß ein Rechtsgeschäft nichtig ist, wenn es nicht die gesetzlich vorgeschriebene Form aufweist. Er knüpft aus generellen Erwägungen in bestimmten Fällen die Geltung von Erklärungen seiner Bürger an die Einhaltung einer je nach Sachgebiet schwierigen oder weniger schwierigen Form, mag eine formfehlerhafte Äußerung noch so vernünftig, billig und wohlüberlegt und mag ihre Rechtsfolge noch so erwünscht sein.

Formvorschriften finden sich vor allem im Familien- und Erbrecht sowie bei der Schaffung und Übertragung von Rechten an Grundstücken und Wertpapieren. Wo ein öffentliches Interessen an der Klarstellung familien- oder sachenrechtlicher Zustände herrscht, sichert sich die Rechtsordnung durch Einführung bzw. Beibehaltung äußerer Formen. Im Schuldrecht dagegen, in dem die Leichtigkeit und Schnelligkeit des Geschäftsverkehrs dominieren, sind Formvorschriften bis auf wenige Ausnahmen - z.B. Bürgschaft - immer weiter zurückgedrängt worden [37]. Zum Teil mag dieser Unterschied neben den sachlich bedingten Gegensätzen der geregelten Materien noch damit zusammenhängen, daß insbesondere auf dem Gebiet des Familien- und Erbrechts die früher auch sakrale Bedeutung von Formen unterschwellig weiterwirkt, obwohl dem heute "offiziell" ein besonderer Stellenwert nicht mehr zugesprochen wird [38].

Damit begrenzt § 125 S. 1 BGB den ansonsten im Privatrecht geltenden Grundsatz der Formfreiheit. Neben dem öffentlichen Klarstellungsinteresse bei Rechtsgeschäften, die Auswirkungen nicht nur inter partes haben, sichert er mit der Nichtigkeitssanktion für den Fall des Verstoßes die weiteren vom Gesetzgeber mit den einzelnen Formvorschriften verfolgten Zwecke.

Wegen dieser strengen Rechtsfolge des § 125 S. 1 BGB bestehen Bedenken immer dann, wenn unter Berücksichtigung der Funktion der verletzten Formvorschrift die Verwerfung als unwirksam nicht geboten erscheint.

Im Falle des § 2247 BGB ist Ziel der Forderung nach eigenhändiger Nieder- und Unterschrift [39], Schutz vor Übereilung zu gewähren; der Testator soll vor nicht genügend durchdachten, oftmals rein emotional bedingten vorschnellen Entscheidungen bewahrt werden. Weiterhin muß sichergestellt sein, daß es sich bei der vorgefundenen Verfügung von Todes wegen wirklich um die Nachlaßregelung des Erblassers handelt: Die Willenserklärung eines Verstorbenen, der zur Richtigkeit seines Testaments nicht mehr befragt werden kann, bedarf des Schutzes vor Fälschung und Veränderung durch Dritte. Und nicht zuletzt geht es darum, die verbindlich gewollte Erklärung abzugrenzen von noch unverbindlichen Vorentwürfen [40].

Diese vom Gesetzgeber bei der Einführung bzw. Modifizierung des § 2247 BGB mit der Form verfolgten Ziele müssen nicht in jedem Einzelfall, in dem gegen die Form verstoßen ist, verfehlt oder auch nur gefährdet sein. Hierbei lassen sich zwei Fallgruppen unterscheiden, in denen es zum Konflikt zwischen Sinn und Wortlaut der durch § 125 S. 1 BGB sanktionierten Vorschrift kommt: Zum einen, wenn die Form generell zu schwerfällig bzw. schwierig oder zur Erreichung der verfolgten Ziele ungeeignet erscheint, zum anderen, wenn eine grundsätzlich zweckmäßige und allseits anerkannte Form im Einzelfall zwar nicht eingehalten, der mit ihr bezweckte Erfolg - z.B. sichere Feststellung der Person eines Testierenden - jedoch auf andere Weise zweifelsfrei erreicht wurde.

a. Anforderungen generell verfehlt

Das erste Problem - Formvorschrift als solche verfehlt - stellte sich in Bezug auf das hier besonders interessierende privatschriftliche Testament vor allem bei dem Erfordernis eigenhändiger Niederschrift der Orts- und Zeitangabe nach § 2231 Nr. 2 BGB aF, wobei eine Vielzahl von Testamenten mit vorgedrucktem Briefkopf und unrichtiger bzw. ungenauer Datierung oder Ortsbenennung anfangs der Nichtigkeit verfiel [41]. Fritz v. Hippel verglich die Wirkungsweise dieser Vorschrift daher sehr drastisch mit dem "Hobeln eines Blinden" [42].

Erinnert sei an das Testament des Gustav W. aus Witten vom 14. Juli 1900, bei dem die Ortsangabe Witten a.d. Ruhr und die 1 der Jahreszahl vorgedruckt waren [43]. Es befand sich in einem versiegelten Umschlag, auf dem von eigener Hand des Erblassers geschrieben stand: "Testament von Gustav W., Witten am 14./7.1900." Diesen Umschlag mit dem darin enthaltenen Testament steckte er in einen zweiten, gleichfalls versiegelten Umschlag, der außerdem ein an das Amtsgericht Witten gerichtetes Begleitschreiben enthielt mit dem ebenfalls durch Ausfüllen eines Vordrucks hergestellten Briefkopf: "Witten (Ruhr) den 14. Juli 1900." - Ergebnis der Mühe: Gesetzliche Erbfolge.

Wohl wegen dieses unbefriedigenden Ergebnisses flüchtete sich die Rechtsprechung in der Folgezeit unter grundsätzlicher und immer wieder betonter Beibehaltung des strengen Prinzips oft in die fadenscheinigsten Auslegungen und Kunstgriffe, um in Einzelfällen für sinnvoll

erachtete letztwillige Regelungen zu "retten" [44]. Als Beispiel hier nur das Testament des 1909 verstorbenen Dr. August A., welches lautet:

> "Berlin W., Nürnbergerstraße 1, den 1. September 1903. Zu meinem Universalerben bestimme ich meine Frau Anna geb. C. ... Dr. August A. ... Nürnbergerstraße 1." 45

Dr. A. hatte für die erste Seite einen Briefbogen benutzt, auf dem vorgedruckt schon stand: "Berlin W., Nürnbergerstraße 1, den ... 190...", und diesen handschriftlich ergänzt mit "1. September ...3"

Die Ausführungen des Kammergerichts, das ganz offensichtlich das Testament nicht verwerfen wollte, sollen in den wichtigsten Passagen zusammenhängend dem Leser nicht vorenthalten bleiben. Sie zeigen treffender als alle abstrakten Erklärungen, wie innerlich unglaubwürdig Urteile werden, wenn ein gegen den Wortlaut des Gesetzes bzw. gegen die Grundsätze ständiger Auslegung der Rechtsprechung erzieltes Ergebnis scheinbar gesetzestreu begründet werden soll. Zur Datumsangabe subsumierte der 1. Zivilsenat wie folgt:

> "Das Jahr ist in dem allein in Betracht kommenden handschriftlichen Vermerke des Erblassers nur durch die Zahl "3" bezeichnet. Dies genügt aber, um das Jahr 1903 als Jahr der Testamentserrichtung kenntlich zu machen. Im Verkehre wird die Jahreszahl vielfach nur durch die beiden letzten Ziffern unter Weglassung der das Jahrhundert bezeichnenden Ziffern angegeben. Die Ziffern 03 würden daher als eine verkehrsübliche Bezeichnung für das dritte Jahr des Jahrhunderts anzusehen sein. Wenn auch die Weglassung der Ziffer 0 bei der abgekürzten Angabe des ersten Jahrzehnts nicht gerade üblich sein mag, so läßt doch auch die bloße Angabe der Ziffer 3, falls sie offensichtlich zur Bezeichnung der Jahreszahl dienen soll, keine andere Deutung zu, als daß darunter das dritte Jahr des Jahrhunderts zu verstehen ist; sie ist daher als gleichbedeutend mit "03" anzusehen. Ob die Bezeichnung des Jahres mit "03" in einem eigenhändigen Testament ausreicht, kann zweifelhaft sein. Denn sie

ergibt nur, daß damit das dritte Jahr eines Jahrhunderts gemeint ist, läßt aber das Jahrhundert selbst nicht erkennen. Die Tatsache, daß die Abkürzung der Jahreszahl 1903 mit 03 der jetzigen Verkehrsübung entspricht, zwingt noch nicht zu der Folgerung, daß ein mit einem derart abgekürzten Datum versehenes Testament erst im gegenwärtigen Jahrhundert geschrieben sei, schließt vielmehr an sich die Möglichkeit nicht aus, daß das Testament im dritten Jahre eines früheren Jahrhunderts errichtet sei. Ein derartiger Zweifel wird aber hier durch das Testament selbst behoben. Da der Erblasser erst 1909 gestorben ist und seine Frau noch lebt, so kann er nicht schon 1803 zu Gunsten der Frau testiert haben. Das Testament ist ferner auf einen Bogen geschrieben, der den Aufdruck trägt "Berlin W., Nürnbergerstraße 1, den ... 190 ". Der Stadtteil, in dem diese Straße liegt, ist, wie gerichtsbekannt, erst am Ende des 19. Jahrhunderts entstanden. Endlich ist aus der Benutzung des Vordrucks zu entnehmen, daß der Erblasser das Jahr 1903 bezeichnen wollte. Die Verwertung der aus der Urkunde selbst erhellenden Umstände zur Behebung der durch die ungenaue Datierung verursachten Zweifel erscheint unbedenklich ... Insoweit kann auch ein auf der Urkunde befindlicher Vordruck zur Erläuterung des handschriftlichen Datierungsvermerks Verwertung finden, wenngleich der Vordruck niemals eine fehlende eigenhändige Orts- und Zeitangabe zu ersetzen vermag. Die handschriftliche Datierung muß den Tag, den Monat und das Jahr der Niederschrift entweder unmittelbar oder durch eine Umschreibung angeben. Fehlt die eigenhändige Angabe eines der drei Faktoren gänzlich, so läßt sich dieser Mangel nicht ersetzen, insbesondere nicht durch einen vorhandenen Vordruck ergänzen; falls aber Tag, Monat und Jahr eigenhändig von dem Erblasser angegeben sind, die Angabe jedoch hinsichtlich der gewollten Zeitbestimmung Raum für Zweifel gibt, so darf der vorhandene Vordruck zur Beseitigung dieser Zweifel benutzt werden, weil es sich dann nur um eine Erläuterung der richtigen aber unklaren Zeitangabe aus der Urkunde selbst heraus handelt." 46

Mit der Ortsangabe geht es noch leichter. Erwähnt wird selbstverständlich, daß die "bloße Angabe eines Straßennamens... regelmäßig keinen Schluß auf eine bestimmte Stadt" zuläßt, mithin dem gesetzlichen Erfordernis der Ortsangabe nicht genügt [47]. Im konkreten Fall ist das natürlich anders: "Wenn hiernach

auch die (eigenhändige) Angabe "Nürnbergerstraße 1" im allgemeinen als keine hinreichende Bezeichnung des Ortes gelten kann, so läßt sich doch nach den vorliegenden Umständen die Ungenauigkeit der Ortsangabe aus der Urkunde heraus ohne weiteres ergänzen." [48] Die Benutzung eines Vordrucks bleibt zwar grundsätzlich unzulässig; dieser kann aber zur Ergänzung der "ungenauen" eigenhändigen Straßenangabe herangezogen werden.

Dieselben teilweise wörtlich übereinstimmenden Ausführungen finden sich in einer weiteren Entscheidung des Kammergerichts vom nämlichen Tage. Dort hatte ein Dr. Leopold M. unter Benutzung des gleichen Vordrucks ein Testament folgenden Inhalts hinterlassen:

> "Berlin W., Nürnbergerstr.21,den 1.September 1903. Mein Testament! Zu meinem Universalerben bestimme ich meine Ehefrau Anna geb. G. Dr. Leopold M. Nürnbergerstr. 21" 48*

Ein andermal stellte das Kammergericht ganz schlicht fest, als ein Erblasser in dem Glauben, Schlachtensee gehöre zu Berlin, sein Testament mit der Ortsangabe Berlin versehen hatte:

> "Im vorliegenden Fall entsprach der angegebene Ort dem Willen des Erblassers und, wenn das Testament in Wirklichkeit in Schlachtensee errichtet ist, so ist es nicht ersichtlich, weshalb es aus diesem Grunde ungültig sein sollte." 49

Abschließend hierzu soll noch eine Entscheidung des Kammergerichts zitiert werden, bei der es um ein Testament ging, das die Jahreszahl "9008" trug. Hier lesen wir:

> "Allein diese Datierung beruht auf einem rein formalen (sic!) Schreibfehler und bildet daher keinen Nichtigkeitsgrund. Es besteht kein Bedenken, daß die Erblasserin die Jahreszahl 1908 hat niederschreiben wollen und daß sie sich lediglich in der Niederschrift der beiden ersten Ziffern vergriffen und 90 statt 19 geschrieben hat. Aus welchem Grunde sie, wenn ihr das Niederschreiben mehrstelliger Zahlen Schwierigkeiten machte, nicht befugt gewesen sein sollte, ein eigenhändiges Testament zu errichten, ist nicht ersichtlich." 50

So einfach geht das nun, nachdem dasselbe Kammergericht noch 1904 ein mit "Berlin, Ostern 1902" datiertes Testament verworfen hatte, weil Ostern 1902 beide Osterfeiertage bezeichnete und dem Senat der genaue Tag der Errichtung nicht klar war [51].

b. Zweck der Vorschrift anderweitig erreicht

Das zweite angesprochene Problem - Zweck einer grundsätzlich sinnvollen Form anderweitig erreicht - stellt sich bei § 2247 BGB z.B. dann, wenn der Erblasser sich eingangs seines handgeschriebenen Testaments namentlich selbst benennt, eine Unterschrift mit erneuter Namensangabe jedoch nicht mehr leistet und in der Regel mit der Orts- und Datumsangabe schließt [52]. Ebenso zählen darunter die Fälle, in denen der Verstorbene seine nicht unterzeichnete letztwillige Verfügung in einen Briefumschlag gesteckt und auf diesen seinen Namen geschrieben hat - es sei denn, die Rechtsprechung behilft sich mit der Krücke der Gesamturkunde und erklärt den Namenszug auf dem Umschlag zur Unterschrift unter das Testament [53].

Während das erste Problem im Testamentsrecht seit der Neufassung des § 2231 Nr. 2 BGB aF durch § 21 TestG an Bedeutung verloren hat, findet sich das zweite heute noch in der täglichen Praxis des

Nachlaßrichters bzw. Rechtspflegers. Soll dieser dann contra legem entscheiden bzw. unter dem Mantel der Auslegung den Wortlaut des Gesetzes vergewaltigen? Darf er dem klaren Willen des Erblassers auch dort Geltung verschaffen, wo der Wortlaut eines nur grundsätzlich, nicht aber konkret als notwendig und zweckmäßig empfundenen Gesetzes Nichtigkeit der Verfügung bestimmt? Oder muß er wegen eines - oft leichten und entschuldbaren, aber nicht mehr gutzumachenden - Versehens des Testators denen den Nachlaß zusprechen, die ihn trotz ihrer Stellung als gesetzlich vorgesehene Erben nach dem erklärten Wunsch des Verstorbenen nicht erhalten sollten? [54]

In solchen Fällen befindet sich der zur Entscheidung bestimmte Richter in einer zwiespältigen Lage. Sein Rechtsgefühl wehrt sich gegen das, was sich bei strikter Subsumtion unter den Gesetzestext als Rechtsfolge herleitet. Er ist versucht, nach Wegen zu forschen, die ihm einen Ausweg aus dem Zwang ermöglichen, ein unerwünschtes Ergebnis als gesetzesgemäß mit Rechtskraft ausstatten zu müssen [55]. In abstracto über das Spannungsverhältnis zwischen Rechtssicherheit und Billigkeit des Einzelfalls grundsätzliche Überlegungen anzustellen ist etwas anderes, als in einem konkreten Fall mit bestimmtem sozialem Hintergrund Rechtstatsachen schaffen und verantworten zu müssen, die gerade bei Erbschaftsstreitigkeiten entscheidend sein können für den weiteren Lebensweg der Betroffenen und das Schicksal ganzer Familien.

Je geringer der Fehler und je klarer der Wille des Testators, desto unbilliger erscheint das Einhalten abstrakt durchaus vertretener und für notwendig

befundener Rechtsprinzipien. Im Vordergrund der Überlegungen des Richters steht - und das ist in einem Staat, in dem der Mensch und nicht abstrakte Ordnungsvorstellungen das Maß der Rechtsetzung bestimmen, dem Grunde nach nur vernünftig und konsequent - der jeweilige Fall. Ihn so zu entscheiden, daß der Spruch von allen Beteiligten möglichst auch innerlich akzeptiert wird, muß Ziel des Richters sein.

2. Lösungsansätze zum Ausgleich der widerstreitenden Prinzipien Rechtssicherheit und Billigkeit

Als Möglichkeit des Ausgleichs der widerstreitenden Zielvorstellungen böte sich an, grundsätzlich zwar auf Einhaltung der gesetzlich vorgeschriebenen Formen zu bestehen, bei mit Formmängeln behafteten Testamenten jedoch zur Erzielung einer billigen Entscheidung Korrekturen an der starren Rechtsfolge des § 125 S. 1 BGB zuzulassen.

a. Heilung durch Zweckerreichung als allgemeines Prinzip

Wie ausgeführt, sind in der Praxis Fälle häufig, in denen trotz Nichteinhaltens der gebotenen Form des § 2247 BGB kein Zweifel darüber besteht und bestehen kann, daß ein bestimmter Erblasser die streitige Verfügung mit Testierwillen abgefaßt hat [56]. Wären solche Testamente trotz des Formverstoßes gültig, könnte bei den Hinterbliebenen nicht mehr das bittere Gefühl aufkommen, die Verwirklichung des Erblasserwillens sei an - von ihnen subjektiv so empfundenem - leerem Formalismus gescheitert.

Einen allgemeinen Grundsatz der Heilung von Formmängeln durch Zweckerreichung hat 1933 Herbert Göcker in einer zivilprozessualen Dissertation postuliert [57]. Dieser Grundsatz konnte sich jedoch nicht einmal im engeren Bereich des Zivilprozeßrechts durchsetzen [58], obgleich Horst Hagen 1972 - beschränkt auf die Zivilprozeßordnung und mit der salvatorischen Klausel, daß "der spezielle Schutzzweck der Bestimmung ... in jeder Hinsicht erreicht wird" - einen erneuten Versuch unternommen hat [59]. Insbesondere die Rechtsprechung hat sich immer wieder dagegen ausgesprochen [60]. Abgesehen von der Unsicherheit darüber, was alles noch als Zweck einer Vorschrift angesehen werden soll und wann dieser "in jeder Hinsicht" erreicht wird, spricht gerade im Zivilprozeßrecht die Systematik des Gesetzes gegen diese Lehre. In § 187 ZPO als einer Ausnahmevorschrift ist ein Sonderfall der Heilung durch Zweckerreichung geregelt, nämlich Kenntnisnahme ohne Einhaltung der Zustellungsformalitäten. Unter Berücksichtigung aller gebotenen Skepsis gegenüber dem argumentum e contrario - laut Horst Bartholomeyczik dem "billigen positivistischen Gegenteilsschluß" [61] - ist dieses hier zwingend geboten. Gerade bei einer bis in Einzelheiten durchnormierten Materie wie dem Zivilprozeßrecht spricht alles für den von Bartholomeyczik so geschmähten Gegenteilsschluß, nichts für die Herleitung eines allgemeinen Rechtsgedankens aus der Spezialvorschrift. Das gesteht selbst Hagen ein[62]. § 187 ZPO kann die Lehre von der Heilung durch Zweckerreichung nicht stützen; er ist umgekehrt ein Argument gegen sie und für strikte Einhaltung vorgeschriebener Formen außerhalb seines Geltungsbereichs.

Im Testamentsrecht bestehen gegen einen Grundsatz der Heilung von Formmängeln durch Zweckerreichung ähnliche Bedenken wie im Bereich des Prozeßrechts.

Brauchbare Argumente für eine Überwindung des Formzwangs de lege lata sind bisher nicht vorgetragen worden. Zwar gab und gibt es immer wieder Stimmen, die ein Beharren auf der Form allgemein für ungerechtfertigt halten, wenn der Zweck in anderer Weise erreicht wurde; aus der älteren Literatur sei insbesondere an die Freirechtsbewegung erinnert [63]. Dabei geht es jedoch primär um das Artikulieren von Unbehagen über die gesetzgeberische Regelung und um das Vortragen von Billigkeitspostulaten, nicht um den Aufweis von aus dem Gesetz sich ergebenden Lösungsmöglichkeiten.

Wenn überhaupt, hat der Gesichtspunkt der Zweckerreichung nur bei dem sogenannten Bürgermeistertestament Berücksichtigung gefunden. In Absatz 6 des § 2249 BGB heißt es:

> "Sind bei Abfassung der Niederschrift über die Errichtung des in den vorstehenden Absätzen vorgesehenen Testaments Formfehler unterlaufen, ist aber dennoch mit Sicherheit anzunehmen, daß das Testament eine zuverlässige Wiedergabe der Erklärung des Erblassers enthält, so steht der Formverstoß der Wirksamkeit der Beurkundung nicht entgegen."

Bei § 2249 BGB handelt es sich jedoch um den Sonderfall eines Nottestaments. Absatz 6 dieser Vorschrift soll den Testator vor den Folgen von Beurkundungsfehlern des mit der Niederschrift mangels hinreichender Praxis nicht vertrauten Bürgermeisters oder Gutsbezirksvorstehers und den Staat vor möglichen Regreßansprüchen schützen. Auch blieb die Zahl solcher Testamente gering. Gültigkeitsvoraussetzung ist die Besorgnis, der Erblasser werde früher sterben, als die Errichtung vor einem Notar möglich ist. Überlebt er trotz dieser Besorgnis, verliert ein Bürgermeistertestament mit Ablauf der 3-Monats-Frist des § 2252 Abs. 1 BGB seine Gültigkeit. Neben der geringen Zahl, der besonderen Schutzbedürftigkeit

des Erblassers bezüglich der Folgen nicht von ihm zu vertretender Fehler und dem Interesse des Staates kommt hinzu, daß die Kontrolle, ob die Beurkundung wirklich eine zuverlässige Wiedergabe der Erklärung darstellt, infolge der Wirksamkeitsvoraussetzungen besser möglich ist als beim privatschriftlichen Testament. Der beurkundende Bürgermeister sowie die beiden zwingend vorgeschriebenen Zeugen können dazu gehört werden.

Aus all diesen Gesichtspunkten ist auch § 2249 Abs.6 BGB keine erweiterungsfähige Vorschrift. Will man nicht in jede Ausnahme ein allgemeines Prinzip hineininterpretieren, können die besonderen Regelungen eines Nottestaments auf die Normalform nicht ohne weiteres übertragen werden. Ob die starre Regelung des § 125 S. 1 BGB wirklich unbillig ist, soll erst im folgenden näher erörtert werden. Dem geltenden Recht ist jedenfalls ein allgemeines Prinzip der Heilung durch Zweckerreichung ebenso fremd wie ein allgemeines Prinzip der Heilung durch Erfüllung [64].

b. Billigkeit als Korrektiv in Einzelfällen

Wenn demnach ein allgemeines Prinzip der Heilung durch Zweckerreichung nicht als Lösungsweg herangezogen werden kann, bleibt die Frage, ob die Formstrenge der lex scripta und deren - oft unerwünschte - Folgen zumindest in einzelnen Härtefällen aus Gründen der Billigkeit überwunden werden können.

Zu prüfen ist, ob eine solche Lösung bzw. Milderung des aufgezeigten Konflikts, über die de lege ferenda noch zu sprechen sein wird, de lege lata bereits eine Grundlage im Gesetz hat; ebenso, ob es bei fehlender gesetzlicher Basis vertretbar

wäre, geschriebenes Recht aus als übergeordnet postulierten Gesichtspunkten der Gerechtigkeit und Billigkeit punktuell zu durchbrechen.

aa. favor testamenti - §§ 2084ff. BGB

Für ein Abweichen von § 125 S. 1 BGB könnte § 2084 BGB als Argument gelten. Ebenso wie in § 2085 BGB, der entgegen der allgemeinen Vorschrift § 139 BGB bei Unwirksamkeit einzelner Verfügungen die Vermutung der Wirksamkeit des Resttestaments aufstellt, und § 2086 BGB, der vorbehaltene, aber nicht erfolgte Ergänzungen in Testamenten als in der Regel nicht schädlich bezeichnet, zeigt sich eine bestimmte Tendenz. Der Grundsatz wohlwollender Auslegung in § 2084 BGB läßt erkennen, daß dem Gesetzgeber daran liegt, den Willen eines Verstorbenen zu verwirklichen und dessen gewillkürte Nachlaßregelung nicht zu Fall zu bringen.

Der favor testamenti des § 2084 BGB setzt jedoch eine gültige - und zwar auch formgültige - letztwillige Verfügung voraus [64*], er kann als Argument im Rahmen der hier zu prüfenden Frage, ob formfehlerhafte Testamente in Einzelfällen Gültigkeit haben sollen, nicht herangezogen werden. Das in den §§ 2084-2086 BGB zum Ausdruck kommende Wohlwollen des Gesetzgebers gegenüber letztwilligen Verfügungen beinhaltet keinen allgemeinen Rechtsgedanken, der zur Korrektur von § 125 S. 1 BGB geeignet wäre. Wohlwollende Auslegung und wohlwollende Beweislastregeln sind etwas anderes als Normdurchbrechungen.

bb. § 242 BGB

Wenn demnach das Testamentsrecht keine speziellen Möglichkeiten bietet, könnte § 242 BGB Anknüpfungspunkt im Gesetz für einzelne Billigkeitsentscheidungen sein. Dieser ist nach heute allgemeiner Ansicht in seiner Wirkung nicht auf das Schuldrecht beschränkt. Entgegen der systematischen Einordnung finden Treu und Glauben als durchgehende Leitlinie Anwendung im gesamten Privatrecht [65]. Wie Hans Dölle ausführt, sind Behauptungen, wonach Gebiete existierten, in denen Gerechtigkeit und Billigkeit ausgeschlossen bleiben müßten, stets mit Skepsis zu betrachten [66].

So hat schon das Reichsgericht seine Rechtsprechung zu Umfang und Grenzen des § 242 BGB frühzeitig korrigiert. Nachdem es zunächst dessen Anwendung im Bereich von Formvorschriften wegen des Allgemeininteresses an Klarstellung bestimmter rechtlicher Verhältnisse abgelehnt hatte [67], brach es mit dieser Auffassung und ließ auch insoweit die Berufung auf Treu und Glauben zu [68].

Im Zuge dieser Entwicklung konstruierte dann der Bundesgerichtshof in seiner Rechtsprechung zur Hofnachfolge aus dem Verhalten des Altbauern und des langjährigen Hofbewirtschafters eine Hoferbenbestimmung durch Übergabevertrag nach § 7 Abs. 1 HöfeO bzw. durch einen entsprechenden Vorvertrag [69], auf dessen Formnichtigkeit (§ 313 S. 1 BGB) sich zu berufen bei sonst unerträglichen sozialen Folgen dem Altbauern bzw. dessen Erben verwehrt wurde. Als sich das wegen der Besonderheit eines späteren Falles - der Hof

sollte erst nach dem Tode des Altbauern dem Bewirtschafter endgültig zufallen - nicht konstruieren ließ, erweiterte der Bundesgerichtshof seine Rechtsprechung und ließ ausdrücklich eine Hoferbenbestimmung durch formlos gültigen Erbvertrag (§ 2276 Abs. 1 BGB) zu [70].

Ergebnisse und Begründungen gerade dieser Entscheidungen müssen auf Bedenken stoßen [71]. Die Berufung auf die - im Schrifttum bis heute umstrittenen [72] - Schuldverhältnisse aus sozialtypischem Verhalten und die Übertragung dieses Gedankens aus dem Bereich der Massengeschäfte auf "typische Vorgänge auf dem Gebiet des Höferechts" [73] vermag nicht zu überzeugen. Im Ergebnis läuft alles darauf hinaus, daß der Bundesgerichtshof einen störrischen Altbauern, der sich zu Lebzeiten eben noch nicht in formgültiger Weise gebunden hat, dennoch beim gegebenen Wort bzw. schon bei seinem eindeutigen tatsächlichen Verhalten nehmen will, weil dieses Verhalten einen anderen dazu bewogen hat, jahrelang auf dem Hof auszuharren, diesen zu bewirtschaften und darauf seine und seiner Familie Zukunft aufzubauen. Dieses im Grunde zu verstehende Bemühen steht aber in eindeutigem Gegensatz zu der Ansicht, die sich in den Motiven zum Bürgerlichen Gesetzbuch findet:

> "... wenn für einzelne Rechtsgeschäfte demnach eine besondere Form sich vorgeschrieben findet, so liegt darin zur Genüge, daß die Gründe für die Nothwendigkeit der Beobachtung der Form schwerer wiegen, als die Rücksicht auf die ethische Pflicht zum Worthalten." [74]

Doch nicht nur im Recht der Hofnachfolge mit seinen Besonderheiten ist die Formenstrenge gelockert worden. Selbst in das Wechselrecht, von dem Joachim Gernhuber noch 1957 meinte, daß die im Wertpapierrecht herrschende Formenstrenge und deren Unantast-

barkeit "über jeden Zweifel erhaben" sei [75], hat § 242 BGB nach einer Entscheidung von 1959 Eingang gefunden [76]. Interessant ist es jedoch festzustellen, daß nunmehr bezüglich des § 313 S. 1 BGB, an Hand dessen im wesentlichen der Grundsatz entwickelt wurde, Formmängel könnten gegebenenfalls wegen § 242 BGB unbeachtlich sein, die Maßstäbe zur Durchbrechung der notariellen Beurkundungsform im Vergleich zu den ersten "tastenden Billigkeitsurteilen" [77] strenger geworden sind [78]. Mittlerweile ist gesicherte Rechtsprechung, daß Ausnahmen nur dann gemacht werden können, wenn ansonsten die Nichtanerkennung des Vertrags nicht nur zu einem "harten" Ergebnis führen würde, sondern für den anderen Vertragsteil "schlechthin untragbar" wäre [79]. An anderer Stelle spricht der Bundesgerichtshof davon, daß es nur "in extrem liegenden Fällen" gerechtfertigt und geboten sei, von der Rechtsfolge der Nichtigkeit abzusehen [80]. Darin zeigt sich eine deutliche Verschärfung der Anforderungen gegenüber dem allgemein gehaltenen Hinweis des Reichsgerichts auf Treu und Glauben. Wie ernst es dem Bundesgerichtshof damit ist, zeigt sich bei der Lösung von nicht extrem liegenden und nicht zu einem untragbaren Ergebnis führenden Fällen. Gerade um der Einhaltung der Formvorschriften willen werden Versuche der Literatur zurückgewiesen, auf der Sekundärebene Schadensersatz über eine Verpflichtung zu formgerechter Neuvornahme dieselbe Rechtsfolge eintreten zu lassen, die der formungültige Kaufvertrag als primären Erfüllungsanspruch vorgesehen hatte [81]. Der unglückliche Käufer muß sich mit einem Geldersatzanspruch begnügen [82]. Im übrigen hat auch der Bundesgerichtshof als Grundsatz immer wieder herausgestellt, daß im Interesse der Rechtssicherheit die Einhaltung gesetzlicher

Formvorschriften unerläßlich sei [83] und anderslautende Entscheidungen ausdrücklich als Ausnahme gekennzeichnet. In der Regel verstößt es nicht gegen Treu und Glauben, wenn ein formbedürftiger Vertrag wegen seiner Mängel als nichtig behandelt wird [84].

Abgesehen von den nunmehr verschärften Anforderungen bestehen generelle Bedenken gegen eine Übertragung dieser Grundsätze auf § 2247 BGB, wobei auf die Sorge von Helmut Coing, § 242 BGB habe bereits einen so weit ausgedehnten Einflußbereich, daß das deutsche Recht im Rahmen der Europäischen Gemeinschaft eine im Hinblick auf notwendige Rechtsvereinheitlichung bedenkliche Sonderstellung einnehme [85], nur ergänzend hingewiesen werden soll. Aus der systematischen Stellung von § 242 BGB ergibt sich, daß dieser primär Rechtsbeziehungen zwischen Einzelpersonen betrifft, deren Wirkungen sich im Verhältnis zwischen diesen Einzelpersonen erschöpfen. Wo Interessen der Allgemeinheit an Klarstellung rechtlicher Verhältnisse berührt werden, wird seine Anwendung problematisch. Insbesondere bei der Umgestaltung dinglich wirkender oder statusrechtlich relevanter Rechtslagen würde dem Richter die Verantwortung für Wirkungen gegenüber am Prozeß nicht beteiligten Dritten und der Allgemeinheit auferlegt [86], eine Verantwortung, die zu tragen deshalb schwierig ist, weil das, was z.B. im Verhältnis der im Prozeß streitenden Erbprätendenten billig erscheint, gegenüber bisher nicht beteiligten weiteren Anwärtern unbillige Folgen haben kann. Wie Wieacker treffend ausführt, würde eine solche Ausweitung "aus dem Arglisteinwand inter partes notwendig die Änderung sachen-, familien- und erbrechtlicher Lagen mit Wirkung inter omnes" machen [87].

Wenn die Rechtsprechung sich in einigen Fällen über solche Bedenken hinweggesetzt und mit Treu und Glauben geholfen hat, so betrafen diese Fälle die Verfolgung vertraglicher Ansprüche, bei denen die Berufung auf den Formmangel in Widerspruch zu dem früheren Verhalten der Partei stand. Wegen dieses Verhaltens mußte sie sich den Arglisteinwand entgegenhalten lassen. Eines solchen Ansatzes ermangeln aber die Fälle einseitiger Verfügungen [88]. Damit sind im Zeitalter der Demokratien selbst "königlichen Paragraphen" [89] Grenzen gesetzt. § 242 BGB ist keine allgemeine Billigkeitsvorschrift [90]; ins Testamentsrecht hat er jedenfalls in der Rechtsprechung keinen (offiziellen) Eingang gefunden [91]. Diese hat sich unter Berufung auf Gründe der Rechtssicherheit stets auf den rigor iuris zurückgezogen, wenn auch manchmal trotz aller Beteuerungen über Festhalten am Gesetz durch Auslegung "geholfen" [92]. Die Betonung der Rechtssicherheit fiel um so leichter, als die besonderen Anstoß erregenden Fälle arglistiger Täuschung oder unterlassener Aufklärung über die Formbedürftigkeit hier bisher nicht vorgekommen sind. Es ist nicht bekannt, daß gesetzlich vorgesehene Erben einen Erblasser zum Abfassen eines formnichtigen Testaments veranlaßt hätten, um so doch über die gewillkürten Erben zu triumphieren [93]. Die - bedauerlichen - Formmängel beruhten stets auf einem Versagen der Erblasser, nicht auf Arglist der gesetzlichen Erben, die sich die Fehler zunutze machten und sich auf § 125 S.1 BGB beriefen.

Wenn trotzdem Aussagen gemacht werden wie die, daß § 242 BGB dem § 125 BGB immanent sei [94], sind das jedenfalls in dieser Allgemeinheit nicht mehr

als bloße Behauptungen ohne Grundlage im Gesetz. Bezogen auf § 2247 BGB zeigen sie, wie nachträglich aus dem kodifizierten Recht das herausgelesen werden soll, was der Gesetzgeber nach Auffassung des jeweiligen Interpreten hineinzuschreiben versäumt oder falsch entschieden hat.

cc. contra legem

Weiterhin ist zu prüfen, ob Billigkeit und Gerechtigkeit in jedem Einzelfall nicht so elementare Postulate des Rechts sind, daß sie - wenn der Einbruch in die lex scripta über § 242 BGB sich als nicht ausreichend erweist - notfalls eine Entscheidung contra legem rechtfertigen. So schreibt etwa Franz Scholz: "Alles noch so bestimmte und starre Recht wird, wenn im Einzelfalle Gerechtigkeit und Billigkeit entgegenstehen, von diesen überwunden." [95] Selbst das Bundesverfassungsgericht hat den Gedanken von einem Prüfungsrecht des Richters bezüglich der Verbindlichkeit von Rechtsvorschriften unter dem Gesichtspunkt eines Verstoßes gegen die materielle Gerechtigkeit nicht grundsätzlich verworfen. Es hat, allerdings nur "in äußersten Fällen", die Möglichkeit für gegeben erachtet, den Grundsatz der materiellen Gerechtigkeit höher zu werten als den der Rechtssicherheit, wie er in der Regel der Fälle in der Geltung des positiven Gesetzes zum Ausdruck kommt [96].

Neben diesen allgemeinen Erwägungen kommt im Testamentsrecht hinzu, daß Billigkeitsüberlegungen nicht gefordert werden, um formgültige Verfügungen wegen ihres Inhalts zu vernichten, sondern um einem

formfehlerhaften Testament trotz des Mangels zur Wirksamkeit zu verhelfen. Dieses Bemühen deckt sich mit einer grundlegenden Entscheidung des Gesetzgebers in Bezug auf den Vermögensübergang nach dem Tode. Entsprechend der liberalistischen Grundauffassung des Bürgerlichen Gesetzbuches [97] kommt es bei der Regelung der Erbfolge entscheidend auf den Willen des jeweiligen Erblassers an [98]. Dieser vermag sich selbst da Geltung zu verschaffen, wo er willkürliche, unvernünftige oder familienfeindliche Folgen zeitigt. Der Gesetzgeber stuft die Verwirklichung des letzten Willens eines Verstorbenen als so hohes Gut ein, daß er den Schutz anderer Rechtsgüter dahinter zurückstellt. Die Familie etwa muß sich gegebenenfalls über den Pflichtteil mit einem nur wertmäßigen Anteil an der Hinterlassenschaft begnügen; ein darüber hinausgehendes Interesse, das Erbgut im Familienbesitz zu halten, bleibt unberücksichtigt. Liegt es da nicht nahe, dem erklärten Willen - sofern sich seine Ernsthaftigkeit feststellen läßt - auch dann zur Wirksamkeit zu verhelfen, wenn die zu seinem Schutz geforderte Form nicht oder nicht präzise eingehalten ist?

(1) Maßstäbe für Billigkeit

Wollte man also der Ansicht von Scholz folgen, daß Billigkeit und Gerechtigkeit sich notfalls gegen entgegenstehendes starres Recht durchsetzen könnten, wäre allerdings die weitere Frage: Was ist billige und gerechte Entscheidung des Einzelfalls? An Hand welcher Maßstäbe soll das erkennende Gericht zu der Auffassung gelangen, daß gerade in dem konkreten Rechtsstreit die Billigkeit den Sieg über die Rechtssicherheit erringen, das Testament mithin gegen § 125 S. 1 BGB Gültigkeit haben soll?

Hierbei böte sich an, wieder einmal Rückgriff zu nehmen auf die "Auffassungen und ... (das) Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden" [99], d.h. sich auf ein als vorhanden postuliertes allgemeines Rechtsgefühl zu berufen, an dem die Entscheidung des Einzelfalls zu messen wäre.

Wenn auch zu beobachten ist, daß die gemeinsame Basis verbindlicher Werturteile innerhalb der Gesellschaft schmaler wird, soll nicht geleugnet werden, daß es weiterhin in einigen Bereichen eine communis opinio gibt, auf die es Rücksicht zu nehmen gilt, will man nicht die Gefahr eingehen, daß entweder dauernd gegen gesetztes Recht verstoßen wird oder seine Einhaltung nur mit unverhältnismäßigen Sanktionen durchgesetzt werden kann - beides Umstände, die der Achtung des Rechts in der Gesellschaft nicht gut tun. Gerade heute zeigt sich wieder, zu welchen Konflikten es z.B. auf dem Gebiet des Ehescheidungs- und des Sexualstrafrechts gekommen ist, weil gesetzte Norm und allgemeines Rechtsempfinden sich seit der Schaffung des Gesetzes auseinander gelebt haben.

Was jedoch das hier speziell interessierende formfehlerhafte Testament betrifft, erscheint es fraglich, ob eine gesicherte communis opinio dahingehend besteht, daß mit formellen Mängeln behaftete letztwillige Verfügungen wirksam sein sollen.

(a) Inhaltliche Würdigung

Zwar stößt es häufig auf Kritik in der Öffentlichkeit, wenn gerichtliche Entscheidungen auf rein formale Gründe gestützt werden. Die Entscheidungsrelevanz z.B. prozessualer Vorschriften bezüglich fehlender Unterschriften, versäumter Fristen etc. ist dem Laien nicht immer

verständlich. Dieser Unwille hängt aber bei Testamenten in der Regel weniger vom Ausmaß des Formmangels ab als vielmehr mit einer inhaltlichen Würdigung zusammen. Er äußert sich nicht, wenn Verwerfung als formnichtig auch wegen des Inhalts einer letztwilligen Verfügung als richtig empfunden wird. Fällt ein inhaltlich mißbilligtes Testament der Form zum Opfer, entstehen eher Genugtuung und Schadenfreude .

Selbst in Literatur und Rechtsprechung findet sich immer wieder, daß die Argumentation nicht so sehr darauf abzielt, wie gering und unbedeutend der Mangel hinsichtlich des mit der Form bezweckten Erfolges sei, sondern daß beschwörend gesagt wird, "vernünftige Bestimmungen" dürften nicht an "äußerlichen Fehlern" scheitern 100. Das heißt, der formfehlerhaft geäußerte letzte Wille des Testators wird einer inhaltlichen Kontrolle unterworfen; je nach dem Ergebnis dieser Kontrolle soll er gelten oder nicht. Ganz unverblümt hat Heinrich Lange diesen Standpunkt vertreten:

> "Das unbillige Testament wird der Richter auch bei leichten Formverstößen gern vernichten, insbesondere wenn die dahinter stehende gesetzliche Erbfolge zu besseren Ergebnissen führt. Das billigenswerte Testament wird er auch bei schwereren Formverletzungen nur ungern vernichten. Nichtigkeit kann so Billigkeit wie Härte bedeuten, erstrebenswert oder vermeidenswert sein." 101

Wann ist jedoch ein Testament inhaltlich unbillig? In der Regel handelt es sich bei Streitigkeiten über die Wirksamkeit letztwilliger Verfügungen um den Kampf zwischen testamentarisch eingesetzten und gesetzlich vorgesehenen Erben. Je nachdem aus wessen Sicht man die Angelegenheit betrachtet, erscheint die inhaltliche Würdigung und damit die Billigkeit in einem anderen Licht. Wenn Heinrich

Lange als Beispiel heranzieht, daß ein Erblasser in höherem Alter unter dem Einfluß der Haushälterin oder zweiten Ehefrau diese oder deren Seite auf Kosten seiner leiblichen Kinder zu Erben einsetzt [102], spricht daraus Mißtrauen gegen einen testamentarisch Bedachten, der nicht zugleich gesetzlicher Erbe ist: Er wird zunächst einmal dem Verdacht der Erbschleicherei ausgesetzt.

Aus anderer Warte führt Senatspräsident Ring vom Kammergericht aus: "Das widerwärtige Streben verkommener Kinder oder liebloser Seitenverwandter, das eigenhändige Testament durch das Vorbringen von Formmängeln zu beseitigen, verdient sicherlich keine Unterstützung" [103] und scheint als Regel anzunehmen, daß gesetzliche Erben, die sich zu Lebzeiten des Erblassers nicht um ihn gekümmert bzw. ihm sogar Ärger bereitet haben, mit Hilfe juristischer Finessen denen das Erbe streitig machen möchten, die für ihn in den letzten Jahren gesorgt haben und ihm innerlich nahestanden.

Wer die blutsmäßige und im Erbrecht deutschrechtlich überkommene Familienbindung ("das Gut rinnt nach dem Blut"; "wer will wohl und selig sterben, der laß sein Gut dem rechten Erben" [103*]; "Gott, nicht der Mensch macht die Erben") in den Vordergrund rückt, kommt zu anderen ethischen Wertungen als derjenige, der die Freiheit betont, sein Vermögen denen zu hinterlassen, die einem ohne Rücksicht auf Familienbande vertraut waren und in den letzten Jahren zur Seite standen. Selbst der erfahrene Nachlaßrichter, der in langjähriger Tätigkeit sich das angeeignet hat, was gerne als Judiz bezeichnet wird [104], dürfte in Schwierigkeiten geraten, sollte er unter diesen Umständen aus den widerstreitenden

Angaben der Parteien und ihren gegenseitigen Vorwürfen herausfinden, was im konkreten Einzelfall zum gerade wegen der Rechtsfolgen nach Meinung aller billig und gerecht Denkenden wünschenswerten Ergebnis führt. Daß bei der Erbfolge viel schwerer als etwa im Schuldrecht zu sagen ist, was der Billigkeit entspricht, betont auch Helmut Coing, der daraus die Folgerung zieht, dadurch werde das Prinzip der Formstrenge erträglicher [105].

Weiterhin würde mit inhaltlicher Billigkeit ein Entscheidungskriterium einbezogen, dem nach den im Gesetz manifestierten Wertvorstellungen bei der Problemlösung kein Stellenwert zuerkannt ist. Als der Gesetzgeber des BürgerlichenGesetzbuchs sich für Testierfreiheit entschloß und selbst übergangene nächste Angehörige des Verstorbenen über den Pflichtteil nur wertmäßig am Nachlaß beteiligte [106], hat er - wie ausgeführt - dem Erblasser Freiheit auch zu willkürlichen Entscheidungen eingeräumt. Er hat in Kauf genommen, daß dieser sein Vermögen nach eigenem Gutdünken ohne Rücksicht auf Familienbande hinterlassen, er hat in Kauf genommen, daß dieser seine Angehörigen aus purer Bosheit mit immer neuen und jeweils anderen Testamenten traktieren kann. Einzige Grenze des Erblasserwillens auf den Inhalt bezogen bildet die allgemeine Vorschrift des § 138 Abs. 1 BGB: Verstoß gegen die guten Sitten. Und selbst hier zeichnet sich bei dem Hauptanwendungsfall Geliebtentestament eine immer weitergehende Liberalisierung ab [107].

Die Väter des Bürgerlichen Gesetzbuchs haben eine inhaltliche Kontrolle auf Vernünftigkeit und Wohlüberlegtheit nicht vorgesehen. In den Protokollen wird dies bei der Frage nach Beschränkung der

Testierfähigkeit des Verschwenders und Trunksüchtigen besonders deutlich. Entgegen der Auffassung einer Minderheit:

> "Der Staat erachte sich für verpflichtet, dafür Sorge zu tragen, daß eine vernünftige und gerechte Vertheilung des Nachlasses einer jeden Person stattfinde"

spricht die Mehrheit der Kommission klar aus:

> "Daß ferner das Recht der Testirfähigkeit nicht lediglich unter dem Gesichtspunkt des persönlichen Vertrauens gebracht werden könne, gehe schon daraus hervor, daß dieses Recht selbst solchen Personen, bei denen man mit Bestimmtheit einen böswilligen Gebrauch desselben voraussetzen müsse oder welche sich Verbrechen hätten zu Schulden kommen lassen, nicht entzogen werde." 108

Wenn - was nach den bisherigen Erfahrungen naheliegt - billige Entscheidung des Einzelfalls eine inhaltliche Kontrolle des Erblasserwillens beinhalten soll, würde damit eine Komponente ins Erbrecht eingeführt, die nicht nur nach dem Willen des Gesetzgebers bei sonst unveränderter Beibehaltung der Testierfreiheit dort nichts zu suchen hat. Es ist nicht einsehbar, warum die Masse der formrichtigen Testamente ohne jede Rücksicht auf ihre sozialen Auswirkungen unbesehen Geltung haben und erst bei Formmängeln der Wille des Testators eingehender Prüfung dahingehend unterzogen werden soll, ob nicht gesetzliche Erbfolge zu angemesseneren Ergebnissen führt. Für eine solche Ungleichbehandlung wäre ein sachlicher Grund nicht gegeben. Wer Freiheit gewährt, muß in den Grenzen der gewährten Freiheit auch Willkür und Mißbrauch hinnehmen.

Sollten also über den Anwendungsbereich des § 242 BGB hinausgehend unter Berufung auf ein übergeordnetes allgemeines Billigkeits- und Gerechtigkeitspostulat in Einzelfällen Abstriche an dem durch § 125 S. 1 BGB sanktionierten § 2247 BGB vorgenommen werden,

müßte jedenfalls darauf verzichtet werden, das billige Ergebnis mit auf inhaltliche Wertungen zu stützen [109], die dem Grundsatz der Testierfreiheit widersprechen und im Gesetz an keiner Stelle außer § 138 Abs. 1 BGB vorgesehen sind.

(b) Formfehler geringen Ausmaßes

Damit blieben nur die Gesichtspunkte, die bereits im Rahmen der Erörterung eines allgemeinen Prinzips der Heilung durch Zweckerreichung angeklungen sind. Die Prüfung erstreckte sich nicht darauf, ob die in dem Testament getroffene Nachlaßregelung inhaltlich billig oder unbillig ist, sondern ob trotz der vorhandenen Mängel dem Zweck und der Funktion des Gesetzes entsprochen wird.

Als Beispiel dafür, daß - allerdings nicht contra legem - trotz gesetzten Rechts Formfehlern gegenüber eine gewisse Toleranz geübt wird, mag neben dem schon angeführten § 2249 Abs. 6 BGB § 1838 des das heutige ungarische Privatrecht bildenden Entwurfs 1918 eines Privatgesetzbuches dienen:

> "Wenn mit einer jeden Zweifel ausschließenden Gewißheit festgestellt werden kann, daß der Inhalt einer schriftlichen Verfügung dem Willen des Erblassers in allem entspricht, und daß der Erblasser sie als sein Testament betrachtet und unterschrieben hat, so kann das Gericht geringere und besonders durch einen außerordentlichen Umstand entschuldbare Verletzungen der notwendigen formellen Erfordernisse im Falle der Testamentserrichtung, welcher Form auch immer, außer acht lassen und die letztwillige Verfügung trotz des Mangels eines solchen Erfordernisses als ein gültiges Testament betrachten." 110

Das hieße, auch solche Testamente müßten trotz formeller Mängel aufrecht erhalten werden, die wegen ihres Inhalts übereinstimmend Mißbilligung finden. Dieses Ergebnis würde sich zwar mit dem Grundsatz der Testierfreiheit vereinbaren lassen, wäre aber

nicht aus einem allgemeinen übergesetzlichen Billigkeits- und Gerechtigkeitspostulat zu begründen. Das sind sicher nicht die "äußersten Fälle" - bei aller Unsicherheit, was das Bundesverfassungsgericht damit meint [111] -, die zu Durchbrechungen des geschriebenen Rechts führen könnten.

(2) Folgen von Billigkeitsentscheidungen contra legem

Wollte man aber trotz dieses Bedenkens den Richter aufrufen, entgegen dem klaren Wortlaut der §§ 2247, 125 S. 1 BGB in Einzelfällen auch formnichtigen Testamenten Rechtsgültigkeit zuzusprechen, wobei die Kriterien für Billigkeitsentscheidungen offen bleiben sollen, was wäre der Preis für den Sieg der Billigkeit über das geschriebene Gesetz? Walther G. Habscheid prägte das Wortspiel: "Billigkeit ist eben nicht billig. Auch Billigkeit hat ihren Preis." [112]

(a) Auswirkungen auf Rechtssicherheit

Der Preis bestünde in einem Schwund an Rechtssicherheit. Oben wurde festgestellt [113], daß aufgrund menschlicher Unzulänglichkeit ein nicht gänzlich aufhebbares Spannungsverhältnis existiert zwischen Billigkeit des Einzelfalls, die sich an materieller Gerechtigkeit, und Rechtssicherheit, die sich am gesetzten Recht orientiert, wobei beiden Prinzipien Verfassungsrang zukommt. Also besagt allein der Umstand, daß Billigkeit auf Kosten von Rechtssicherheit geht, für die Entscheidung des Problems ebenso wenig wie der umgekehrte Satz, daß Rechtssicherheit auf Kosten von Billigkeit geht. Will man nicht aus grundsätzlichen Erwägungen schlechthin dem einen oder anderen Prinzip Vorrang einräumen [114], wird es erforderlich

sein, konkret für § 2247 BGB eine Güterabwägung vorzunehmen. Diese Güterabwägung, die sich an den besonderen Eigenarten des Erb- und speziell des Testamentsrechts ausrichten und den Zweck von Formvorschriften berücksichtigen muß, setzt voraus, daß vorher die Auswirkungen von Billigkeitsentscheidungen näher überprüft werden.

(aa) Formvorschriften als Ordnungsfaktoren

"Die Form ist die geschworene Feindin der Willkühr, die Zwillingsschwester der Freiheit" (Rudolph von Jhering, Geist des römischen Rechts, 2. Aufl. 1869, 2. Teil, 2.Abt., § 45 (S. 456))

Bei § 2247 BGB handelt es sich um eine der formalen Ordnungsvorschriften, von denen Gustav Boehmer in seinen Grundlagen der bürgerlichen Rechtsordnung sagt, daß ihre Aufgabe sich darin erschöpfe, "nicht mehr zu sein als feste Formen des sozialen Lebens, die ihren Zweck in sich selbst tragen" [115]. In ähnliche Richtung zielt der Satz des Bundesverfassungsgerichts, Fristvorschriften seien formale Ordnungsvorschriften und dienten als ius strictum allein der Rechtssicherheit [116] - ein Satz, der sich ebenso auf Formvorschriften übertragen läßt.

Ordnungsvorschriften verwirklichen nicht unmittelbar ein eigenes Gerechtigkeitsgebot. Ihr Sinn zeigt sich am deutlichsten, wenn das banale Beispiel gestattet sei, im Recht des Straßenverkehrs.

Wer würde hoffen, mit der Entschuldigung Gehör zu finden, er sähe nur grundsätzlich ein, daß man vor einer roten Ampel halten müsse? Da die Straße aber völlig frei von Menschen und

Fahrzeugen gewesen sei, habe er gemeint, mangels eigener oder fremder Gefährdung die konkrete rote Ampel ignorieren zu können. Schließlich müsse man nicht nur die Vorschrift, sondern auch deren Zweck sehen. Der aber - Sicherheit im Straßenverkehr - sei auch so erreicht gewesen. Zweifelsfrei wird unser Verkehrssünder zur Antwort bekommen, daß er aus Gründen der allgemeinen Sicherheit im Straßenverkehr immer vor einer roten Ampel halten müsse. Wenn man einmal anfange, dem einzelnen die Entscheidung zu überlassen, ob es sinnvoll sei, sich an Verkehrsvorschriften zu halten, riskiere man größeren Schaden als nur Zeitverlust an roten Ampeln. Diese Art von Normen dulde keine Ausnahmen. Wer hier durch Rücksichtnahme auf besonders gelagerte Umstände eines speziellen Falls Rechtsunsicherheit schaffen würde, den träfe die Verantwortung für eine mit Sicherheit zu erwartende Vielzahl von Unfällen mit unübersehbaren sozialen Folgen.

Nun müssen Normen, die zur Bekämpfung der großen Gefahren und hohen Unfallzahlen im Straßenverkehr erlassen sind, besonders einfach zu handhaben sein. Trotz dieser Einschränkung lohnt jedoch ein Bedenken der dort gewonnenen Erkenntnisse im Hinblick auf andere Ordnungsvorschriften und insbesondere auf die hier behandelten Formvorschriften. Vergleichbar ist nämlich folgendes: Zur Erreichung bestimmter Zwecke, vor allem zur Abwehr drohender Gefahren, erläßt der Gesetzgeber Normen, die er für notwendig oder nützlich hält. Diese sind zwangsläufig auf Durchschnittsanforderungen zugeschnitten, sie haben Normalfälle zum Maßstab. Weiterhin sind sie - das soll eingeräumt werden - in gewissem Maße willkürlich; man

kann streiten, ob zur Erreichung desselben Zwecks nicht andere Regelungen, seien sie strenger oder weniger streng, angemessen gewesen wären.

Daraus ergibt sich, daß die Gesichtspunkte, die im Regelfall eine Norm tragen, in Einzelfällen deren rigorose Anwendung nicht rechtfertigen. Zum großen Teil spielen dabei die Argumente eine Rolle, die schon unter dem Aspekt der Heilung durch Zweckerreichung Berücksichtigung fanden. Wenn dann Nichtbefolgen der gesetzgeberischen Anweisung mit Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts sanktioniert ist (§ 125 S. 1 BGB), kommt es zu Härten.

Was geschähe nun, wenn in diesen Härtefällen contra legem entschieden würde, um eine allgemeine Regel, deren Auswirkungen in der konkreten Situation als unangemessen angesehen werden, nicht zum Stolperstein für eine billige Entscheidung werden zu lassen?

Gerichtliche Entscheidungen beenden nicht nur den konkret betroffenen Streit, sie haben auch generelle Wirkung. Obwohl das deutsche Recht im Gegensatz zum anglo-amerikanischen Rechtskreis keine Bindung an precedents kennt, beziehen Richter und Parteien Urteile von Obergerichten als Autoritäten in ihre Überlegungen ein. Jede Partei beruft sich auf ihr günstig erscheinende Vorentscheidungen: Was dem einen recht war, will der nächste als auch für sich billig haben. Wie Philipp Heck gerade am Beispiel des § 2247 BGB aufgewiesen hat, besteht dabei die Gefahr, daß durch eine Kette von Billigkeitsurteilen unmerklich auf immer mehr Bestandteile der bisherigen Anforderungen verzichtet und schlimmstenfalls die ganze Norm faktisch außer Kraft

gesetzt wird [117]. Der Abstand nicht zur jeweils letzten Entscheidung, aber zum Ausgangspunkt Gesetz wird mit jeder Billigkeitsentscheidung größer. Und wo soll dann mit überzeugender Begründung Halt geboten werden? Letzte Konsequenz müßte sein, daß eine formlose Erklärung genügt, wenn sie nur nach freier Beweiswürdigung allgemeinen rechtsgeschäftlichen Anforderungen entspricht. Heck warnte daher vor "juristischem Triebsand" [118], daher seine Forderung: "Principiis obsta" [119].

Formen, die nicht konsequent eingehalten werden müssen, büßen wie jede Ordnungsanforderung, deren Ausnahmen nicht auf fest umgrenzte und vorher festgelegte Fälle beschränkt sind, an Wirksamkeit ein. Folge von Durchbrechungen contra legem wäre eine generelle Gefährdung des Zwecks, der mit einer Norm verfolgt wird. Die gesetzgeberische Regelung der zur Wirksamkeit eines Testaments erforderlichen Form kann in gewissen Grenzen willkürlich sein, ohne ihren Zweck zu verfehlen, Ordnung zu schaffen. Einige willkürliche gerichtliche Durchbrechungen dagegen zerstören die Ordnungswirkung. Hermann Carl meint daher, daß der Schaden von Billigkeitsentscheidungen bei privatschriftlichen Testamenten weit größer wäre "als der bescheidene Nutzen einer Reihe "richtiger" Urteile". [120]

(bb) Besonderheiten des Testamentsrechts

Mitberücksichtigt werden muß weiterhin das Rechtsgebiet, auf dem die jeweilige Entscheidung ergeht. Im Erb- wie auch im Familienrecht kämpfen Parteien erfahrungsgemäß mit größter Leidenschaft. Gerade hier haben sich vielfach Emotionen angestaut, die die Streitenden veranlassen, ihr Recht um jeden Preis zu suchen, koste es, was es wolle. Jeder fühlt

sich innerlich vorbehaltlos im Recht, sei es, daß er die andere Seite für geschickte Erbschleicher hält, die es verstanden haben, sich in das Vertrauen eines schon betagten Erblassers zu schmeicheln und diesen zu familienfeindlichen Verfügungen zu veranlassen,sei es, daß er meint, lieblose Kinder oder nahe Verwandte versuchten nach dem Tode des Erblassers, um den sie sich zu Lebzeiten nie gekümmert haben, unter Ausnutzung belangloser Formfehler gegen seinen erklärten Willen doch noch das Vermögen an sich zu bringen und denen zu entreißen, denen es wegen ihres Mühens um den Verstorbenen zusteht.

Wenn sich Prozesse auch nicht gänzlich vermeiden lassen, sollte doch versucht werden, ihre Zahl einzuschränken [121]. Erhalten enttäuschte Erben von dem Anwalt, den sie aufsuchen, aufgrund gesicherter Rechtsprechung eine Auskunft, die sie zwar nicht befriedigt, ihr Begehren aber aussichtslos erscheinen läßt, werden sie vor einem Prozeß zurückschrekken. Wenn dieser ihnen jedoch nichts anderes sagen kann, als daß es aufgrund schwankender Rechtsprechung weitgehend auf die Umstände des Einzelfalls ankommt und dabei u.a. Billigkeitserwägungen eine Rolle spielen, werden viele in dem subjektiv ehrlichen Empfinden, moralisch im Recht zu sein und die Billigkeit auf ihrer Seite zu haben, einen Prozeß wagen. Und umgekehrt wird mancher aus Kostengründen eine gerichtliche Durchsetzung berechtigter Ansprüche scheuen, wenn ihm ein günstiger Ausgang des Rechtsstreits nicht völlig gesichert erscheint.

Hinzu kommt das besondere Interesse des Rechtsverkehrs an Klarstellung der Rechtsnachfolge bei einem Todesfall. Gemäß § 1922 Abs. 1 BGB geht mit dem Tode einer Person deren Vermögen auf den bzw.

die Erben über ("Der Tote erbt den Lebendigen"). Der Erbe tritt ohne weitere Erwerbshandlung auch sachenrechtlich in die Position des Verstorbenen ein. Da dieser zu seinem Testament nicht mehr befragt werden kann, ist die Urkunde selbst alleiniger Anhaltspunkt für die Klärung der Rechtsnachfolge. Unklare Rechtsprechung kann daher bis zur endgültigen Entscheidung jahrelange Unsicherheit über die Vermögenszuordnung und Blockierung der Nutzungen bewirken.

(b) Auswirkungen auf die Stellung des Richters

Mit der Durchbrechung gesetzlicher Normen - mag sie sich auch als Auslegung tarnen - überschreitet ein Richter die Schranken, die ihm im modernen auf Gewaltenteilung beruhenden Rechtsstaat gesetzt sind[122]. Damit aber untergräbt er letztendlich seine eigene Position. Selbstverständlich überschneiden sich richterliche und gesetzgeberische Aufgaben. Es sei hier noch einmal an richterliche Rechtsfortbildung erinnert und an den Entscheidungsraum, der der Rechtsprechung mit der Schaffung von Generalklauseln eingeräumt ist. Schwingt sich jedoch der Rechtsanwender in übertriebener Abkehr gegenüber einem überwundenen Positivismus vom bisherigen Instrument der Rechtssicherheit zum alleinigen Diener einer als übergesetzlich postulierten Gerechtigkeit auf und macht er sich aus dieser Position zum Herrn des positiven Rechts[123], der notfalls contra legem entscheidet, darf er sich nicht wundern, wenn er binnen kurzer Zeit von den Rechtsuchenden als solcher angesehen wird; dann freilich als ein Herr, an den man Forderungen stellen kann[124] und der versagt hat, wenn das Ergebnis unerwünscht ist[125].

Wenn Paul Bockelmann schreibt, die Vorwürfe gegen den Richter gingen in der Regel nicht dahin, er habe

gesetzwidrig entschieden, sondern er habe sich nicht vom Wortlaut der einschlägigen Vorschriften lösen können [126], ist eine gefährliche Entwicklung aufgezeigt [127]. Bindung an das Gesetz ist die Kehrseite richterlicher Unabhängigkeit [128]. Wer sich von dieser Bindung frei macht, um aus noch so gut gemeinten Überlegungen etwa dem Willen eines unbeholfenen Erblassers gegen die sich auf Formmängel berufenden gesetzlichen Erben Geltung zu verschaffen, zahlt auf Dauer dafür einen hohen Preis: Verlust an Unabhängigkeit. Dabei droht die Gefahr heute weniger vom Staat, als vom Druck der öffentlichen Meinung [129], d.h. vom mehr oder minder fundierten Rechtsgefühl derer, die die Publikationsmittel beherrschen. Ohne den festen Halt im Gesetz wäre ein Richter Pressionen von dieser Seite leichter ausgesetzt.

(3) Ergebnis zu Billigkeitsentscheidungen contra legem

Abgesehen von den Schwierigkeiten festzustellen, was im Einzelfall der Billigkeit entspricht, verbieten sich somit nach den bisherigen Ausführungen Billigkeitsentscheidungen contra legem wegen ihrer generellen Auswirkungen auf die Funktionsfähigkeit des § 2247 BGB und die Stellung des Richters. Wie bei anderen Formvorschriften wollte der Gesetzgeber mit § 2247 BGB Gesichtspunkten der Rechtsklarheit und Rechtssicherheit Rechnung tragen, deren Notwendigkeit und besonderer Stellenwert im Testamentsrecht dargetan wurde. Materielle Gerechtigkeit muß sich nicht immer durchsetzen. Wenn auch Rechtssicherheit und Billigkeit beide als Bestandteile des Rechtsstaatsprinzips Verfassungsrang haben [130],

bleibt es Aufgabe des Gesetzgebers, von Fall zu Fall die Prioritäten festzulegen [131]. Diese gesetzgeberische Entscheidung ist in der Frage der Wirksamkeit letztwilliger Verfügungen bewußt zugunsten der Rechtssicherheit gefallen und kann nicht unter Berufung auf ein allgemeines übergesetzliches Billigkeitspostulat ignoriert werden. Gerade weil die Formen des § 2247 BGB nicht unmittelbar eigene Gerechtigkeitsgebote verwirklichen, würde ihr besonderer Charakter mißachtet, wollte man Billigkeitsentscheidungen contra legem zulassen. Über den Ordnungsgehalt jedes Gesetzes hinaus verwirklichen Formvorschriften Forderungen nach Rechtssicherheit und Rechtsfrieden. Bei ihnen kommt es nicht darauf an, ob sie nur grundsätzlich oder auch im konkret zu entscheidenden Einzelfall sinnvoll sind.

Man mag mit dem Gesetzgeber hadern, daß er eine in ihrem Nutzen umstrittene Form vorgeschrieben, eine in ihrer Zweckmäßigkeit durch Zeitablauf fraglich gewordene Norm nicht geändert oder notwendig erscheinende Ausnahmen nicht berücksichtigt hat. Das ändert nichts an der Notwendigkeit, sie zu beachten. Formvorschriften müssen als Ordnungsfaktoren strikte Einhaltung beanspruchen [132], sonst können sie generell ihre Funktion als Garanten von Rechtssicherheit und damit auch Rechtsfrieden nicht erfüllen. Gerade bezüglich des Erbrechts benötigt der Rechtsverkehr feste Kriterien um zu beurteilen, wem ein bestimmtes Vermögen nach dem Tode des bisherigen Rechtsinhabers zugeordnet ist und wer darüber verfügen kann. Daß infolge strikter Anwendung der §§ 2247, 125 S. 1 BGB unzweifelhaft echte Testamente auf der Strecke bleiben müssen, hat der Gesetzgeber bewußt in Kauf genommen [133]. Im Gegenschluß

aus § 2249 Abs. 6 BGB ist klargestellt, daß es ansonsten nicht darauf ankommt, ob ein Testament auch ohne Einhaltung der vorgeschriebenen Formen eine zuverlässige Wiedergabe des letzten Willens eines Verstorbenen ist [134]. Ansätze dafür, von dieser Strenge Abstriche zu machen, finden sich nicht einmal in der bisherigen Rechtsprechung zu anderen Formgeboten und deren Verhältnis zu dem auf einseitige letztwillige Verfügungen nicht anwendbaren § 242 BGB. Es ist unwahrscheinlich, daß die Nichtigkeit eines Testaments "schlechthin untragbar" sein könnte wie die Folgen eines formnichtigen Kaufvertrags. Die Folgen unwirksamer weil formfehlerhafter Testamente werden in vielen Fällen sicher hart sein. Härte allein aber vermag selbst nach der schon bedenklichen Rechtsprechung bei Rechtsgeschäften unter Lebenden ein Abweichen von der Unwirksamkeit nicht zu rechtfertigen [135].

Folgendes sei noch in Abrundung dieses Komplexes erwähnt. Geht man mit dem Kammergericht davon aus, daß die Form des § 2247 BGB weitgehend bekannt ist [136], spricht eine erste - widerlegbare - Vermutung dafür, daß es da, wo die Form nicht eingehalten wurde, am animus testandi mangelte und der Erblasser sich die endgültige Entscheidung noch vorbehalten hatte. Es ist fraglich, ob das gut gemeinte Bestreben, trotz formeller Mängel dem letzten Willen eines Verstorbenen zur Wirkung zu verhelfen, in allen Fällen dem wahren Willen gerecht wird.

Zur Untermauerung dieser Zweifel sei ein Fall herangezogen, der sich noch unter der Geltung des § 2231 Nr. 2 BGB aF abgespielt hat. Ein ehemaliger Richter hatte einen Brief an seinen Schwager unter Benutzung des Vordrucks "München, den" geschrieben

und diesen Brief mit "E." (Abkürzung für Emil) unterzeichnet [137]. In einer Art, die in der Tat geeignet war, in der Bevölkerung ohnehin latent vorhandene Vorbehalte gegen Juristen zu verstärken, setzte sich das Bayerische Oberste Landesgericht über diese Mängel hinweg. Es griff zu sehr subtilen Differenzierungen zwischen Abkürzung und Handzeichen, erstreckte den Rechtsgedanken des § 2084 BGB auf die Auslegung von Formvorschriften und zog Umstände hinzu, die außerhalb der Urkunde lagen [138].

Hätte man hier nicht umgekehrt argumentieren müssen, daß gerade ein ehemaliger Richter, bei dem vorausgesetzt werden sollte, daß er die Form des § 2231 Nr. 2 BGB aF beherrschte, mit dem vorliegenden Brief noch keine letztwillige Regelung treffen wollte? Die Gefahr ist nicht von der Hand zu weisen, daß bei zu großer Weitherzigkeit noch unverbindliche Äußerungen, die bloße Vorüberlegungen des Erblassers mitteilen sollen, zu schon endgültigen letztwilligen Verfügungen erklärt werden.

Diese Gefahr ist sicher kein grundsätzliches Argument gegen Billigkeitsentscheidungen. Selbst wenn man die Vermutung des mangelnden animus testandi akzeptiert, sind hinreichend Fälle bekannt, in denen diese Vermutung mit Sicherheit widerlegt wäre und der Erblasser aus Unkenntnis gehandelt hat [139]. Sie zeigt aber, daß zu blinder Eifer, unter Außerachtlassen gebotener Formen zu billigen Ergebnissen zu kommen, leicht in das Gegenteil umschlagen kann.

Eines läßt sich jedenfalls nicht bestreiten: Billige Einzelfallentscheidungen beinhalten ebenso Gefahren für die Findung und Verwirklichung des

letzten Willens wie die strikte Einhaltung von Formvorschriften.

3. Schlußüberlegungen zur Bindung des Richters an das Gesetz bei Anwendung und Auslegung des § 2247 BGB

§ 2247 BGB als Formvorschrift des Testamentsrechts, die aus Gründen der Rechtssicherheit und zur Wahrung des Rechtsfriedens Eingang in das Bürgerliche Gesetzbuch gefunden hat, duldet keine Ausnahmen. Weder gibt es eine Grundlage im positiven Recht, um die Folgen von Mängeln entgegen § 125 S. 1 BGB zu vermeiden, noch lassen sich Abweichungen auf ein übergesetzliches Billigkeitspostulat gründen. Selbst wo nicht der mindeste Zweifel besteht, daß ein formfehlerhaftes Testament den authentischen Willen des Erblassers verbrieft, sind Billigkeitsentscheidungen des Einzelfalls wegen ihrer generellen Auswirkungen auf die Funktion des § 2247 BGB nicht zulässig, gleichviel ob sie offen contra legem ergehen oder sich als Auslegung tarnen.

Mit der Forderung nach strikter Einhaltung des § 2247 BGB unter Inkaufnahme unbilliger Einzelfälle soll allerdings nicht gesagt werden, dieser sei keiner Auslegung zugänglich. Formvorschriften sind in gleicher Weise auslegungsfähig und auslegungsbedürftig wie alle anderen Rechtssätze [140]. Fragen wie z.B. die, ob das handschriftliche Testament eines Blinden in Blindenschrift oder die Unterschrift auf einem Briefumschlag noch § 2247 BGB genügen, sind ohne Auslegung nicht zu entscheiden. Will man nicht in eine unübersehbare und trotzdem nie vollständige Gesetzeskasuistik verfallen, muß in Kauf genommen werden, daß im Gegensatz zum Begriffskern, in dem der Wortlaut klar ist, im

Begriffshof [141] Zweifel auftauchen, die durch Auslegung zu beseitigen sind. Dabei gilt auch hier, daß es nicht auf die Erforschung des subjektiven Willens des historischen Gesetzgebers ankommt [142], sondern daß eine Norm - einmal in die Welt gesetzt ein Eigenleben führend - objektiv vom Wortlaut her, der Stellung im Gesamtzusammenhang des Gesetzes etc. auszulegen ist. "Das Gesetz kann eben klüger sein als die Väter des Gesetzes", wie das Bundesverfassungsgericht jüngst etwas bissig formuliert hat [143]. Diese Auslegung hat jedoch folgendes zu beachten.

Wie in der Einleitung bereits erwähnt, darf sie nicht davon abhängen, ob der Interpret die Entscheidung des Gesetzgebers für die Einführung und nähere Ausgestaltung einer Norm billigt oder mißbilligt. Es ist nicht zulässig, wenn ein Richter seine eigene Wertung als "geheimen Protest" in die Auslegung hineinträgt [144].

Zu den systemimmanenten Problemen von Demokratie gehört es, daß gegebenenfalls der größere Sachverstand gegenüber Entscheidungen der Mehrheit bzw. der von ihr gewählten Vertreter zurückweichen muß, wobei dieses Übel jedoch - das sollte festgehalten werden - sich im Vergleich zu den Übeln anderer Formen staatlichen Lebens als immer noch erträglich erwiesen hat. Im übrigen sei angemerkt, daß der erforderliche Sachverstand nur in den wenigsten Fällen auf den gesetzestechnischen Bereich beschränkt ist. Werner Flume definierte anläßlich der Regelung des Nichtehelichenrechts Recht als "Gestaltung unserer Sozialordnung" [145], wobei sicherlich keine ausschließliche Zuständigkeit des Juristen besteht, die sich in der Befugnis zur Korrektur gesetzgeberischer Entscheidungen niederschlagen könnte.

Durch Auslegung darf nicht gegen den im Gesetz deutlich gewordenen Willen des Gesetzgebers verstoßen werden. Verfehlt erscheint somit die Argumentation des Oberlandesgerichts Hamm. Dieses will Formvorschriften des Testamentsrechts restriktiv anwenden, solange sich nicht erhebliche Nachteile für den Rechtsverkehr ergeben oder eine Verfälschung des Erblasserwillens zu befürchten ist. Man könne nicht einerseits hinsichtlich der Formerfordernisse einen ganz strengen Standpunkt einnehmen und andererseits hinsichtlich des materiellen Inhalts alle nur denkbaren Möglichkeiten ausschöpfen, um ein Testament aufrecht zu erhalten und den Erblasserwillen zu verwirklichen [146].

Eine solche Haltung erscheint nur vordergründig einleuchtend. Das vom Oberlandesgericht gerügte zweierlei Maß ist das des Gesetzgebers. Dieser hat - ob zu Recht oder Unrecht - bei der logisch vorrangigen Frage nach den formellen Wirksamkeitsvoraussetzungen eines Testaments eine strenge Auffassung vertreten und aus Gründen der Rechtssicherheit bis auf § 2249 Abs. 6 BGB keine Ausnahmen von der starren Rechtsfolge des § 125 S. 1 BGB vorgesehen. Erst bei der sich anschließenden Auslegung von als formgültig akzeptierten Testamenten wird eine andere Wertung aus dem Gesetz ersichtlich. Hier ist der Testierfreiheit und als Folge dem Streben nach Verwirklichung des nur irgendwie deutlich gewordenen letzten Willens überragende Bedeutung beigelegt. Diesen Unterschied der gesetzgeberischen Entscheidung bei den verschiedenen Phasen der Prüfung eines Testaments verwischen zu wollen, ist ein Vorwurf, den man Hamm nicht ersparen kann. Wenn das Oberlandesgericht der Auffassung sein sollte, die aufgezeigte Differenzierung sei nicht sachgerecht, ändert das nichts daran, daß sie dem Gesetz entspricht und

durch restriktive Auslegung der Formvorschriften nicht weginterpretiert werden darf. Mit Recht hat daher der Bundesgerichtshof, dem die Sache wegen einer früher ergangenen Entscheidung des Oberlandesgerichts Oldenburg vorgelegt wurde, von der Hamm abweichen wollte, die Auffassung des vorlegenden Senats zurückgewiesen [147].

Die Funktionsteilung zwischen richterlicher und gesetzgeberischen Tätigkeit darf nicht aufgegeben werden. Wenn auch der Rechtsprechung die Berechtigung zur Weiterbildung des Rechts nicht abgesprochen werden soll [148], bedeutet das nicht die Befugnis zu Entscheidungen contra legem, sei es offen, sei es im Mantel der Auslegung. Sollte diese Grenze nicht eingehalten werden, könnte es zu einer Situation kommen, vor der der damalige Abgeordnete und spätere Justizminister Ewald Bucher während der dritten Lesung des Richtergesetzes im Deutschen Bundestag mit folgender düsteren Prognose gewarnt hat:

> "Wenn diese Entwicklung (vorheriger Hinweis auf Bestrebungen, den Richter einem 'allgemeinen Ordnungs- oder Funktionsprinzip' zu unterstellen) weitergeht, kommt das Parlament in die Situation, daß es der Rechtsprechung nachlaufen muß, daß es seine Gesetze der Rechtsprechung anpassen muß." 149

Als abschließender Gesichtspunkt sei noch erwähnt, daß Auslegung nach einer gewissen Toleranzzeit zu festen Ergebnissen führen und einheitlich sein muß. Es ist ein Unding, daß seit der Einführung des Bürgerlichen Gesetzbuches in der Frage der Unterschrift auf dem Briefumschlag immer noch keine klaren Maßstäbe bestehen, sondern darauf abgestellt wird, ob nach den Umständen des Einzelfalls Briefumschlag und Inhalt eine Gesamturkunde bilden oder nicht. Mit diesem Abstellen auf den Einzelfall läßt man sich eine Hintertür für die Wertung offen, die nach den bisherigen Ausführungen mit der Auslegung der Form-

vorschrift § 2247 BGB nichts zu tun haben darf: Die Wertung, ob das Testament seinem Inhalt nach vernünftig, zweckmäßig oder pflichtbestimmt ist und daher aufrecht erhalten oder vernichtet werden sollte. Mit der nicht zu widerlegenden Tatsachenfeststellung Gesamturkunde oder keine Gesamturkunde werden systemfremde Überlegungen verdeckt. Das dient weder dem Ansehen der Justiz noch der Rechtssicherheit.

Solange wir Wert auf eine möglichst einheitliche Judikatur legen, muß die Rechtsprechung sich vorher überlegen, ob die freiere Gesetzesauslegung, die sie in einem bestimmten Fall wählt, auf weitere Fälle übertragbar ist oder dort eher Schaden anrichtet. Wie Max Rumpf in diesem Zusammenhang treffend anmerkt, sollen Gerichte bei der Sorge nach gerechter und praktischer Erledigung des vorliegenden Einzelfalls nicht übersehen, "daß dieser Einzelfall zugleich immer nur einer von vielen Fällen ist." [150]

Wenn ein und dasselbe Rechtsproblem immer wieder bis zu den Obergerichten vorgetrieben wird, ist das der Beweis dafür, daß diese in ihrer bisherigen Rechtsprechung versagt haben. Die Praxis stellt sich schnell auf eine feste Rechtsprechung ein und orientiert sich daran. So aber provoziert man Anwälte und Parteien geradezu, es immer wieder zu versuchen[151].

Damit soll nicht dem Rechtsstillstand das Wort geredet werden. Doch auch Entwicklung des Rechts durch Richterspruch muß zu gesicherten Ergebnissen führen und darf sich nicht ohne erkennbare Zielpunkte in der mehr oder minder willkürlichen Entscheidung diverser Einzelfälle verrennen.

> Wer Rechtssicherheit im Verhältnis zur Billigkeit zu gering bewertet, riskiert, daß er am Ende beides verliert und in dem Bestreben, Härten des gesetzten Rechts zu vermeiden, in den Zustand gesetzloser Willkür zurückfällt.

B. Probleme des eigenhändigen Testaments de lege lata

Aufbauend auf der in Teil A getroffenen Standortbestimmung soll nunmehr zu strittigen Einzelfragen Stellung genommen werden. Der Wortlaut des § 2247 Abs. 1 BGB verlangt vom Erblasser eine "eigenhändig geschriebene und unterschriebene Erklärung". Im Rahmen einer Untersuchung formaler Gültigkeitsvoraussetzungen des privatschriftlichen Testaments wird es im folgenden primär auf die Auslegung der Begriffe "eigenhändig" und "unterschrieben" ankommen. Auf weitere Probleme, wie sie sich z.B. aus der Wahl des vom Erblasser zur Niederschrift benutzten Materials [152], der von ihm verwendeten Sprache [153] bzw. Schrift [154] oder aus der gerade in Zweifelsfällen häufig auftretenden Frage nach dem animus testandi ergeben, kann nur am Rande eingegangen werden.

I. Eigenhändigkeit

Mit dem Erfordernis der Eigenhändigkeit verfolgt § 2247 Abs. 1 BGB den Zweck, den wirklichen Willen des Erblassers zur Geltung kommen zu lassen. Wie die übrigen Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches bezüglich letztwilliger Verfügungen soll er so weit wie möglich die Vollständigkeit dieses Willens verbürgen und die Echtheit der Erklärungen sicherstellen [155].

In aller Regel erlaubt die handschriftliche Erstellung eines Testaments die Überprüfung der Echtheit aufgrund der individuellen Schriftzüge des Verfassers. Die Schreibschrift eines Erwachsenen bildet Eigenarten aus, die als Ausdruck der Persönlichkeit unverkennbar sind.

Somit muß der Erblasser des Schreibens mächtig und seine Hand bei der Führung der Feder dem eigenen Willen unterworfen sein [156]. Wer - ohne selbst kontrollieren zu können, ob das zu Papier Gebrachte seinem eigenen inneren Willen entspricht - lediglich den Entwurf eines Dritten sorgfältig abmalt [157] bzw. durchpaust[158], oder wessen Hand durch einen Dritten so geführt wird, daß dieser Dritte bestimmend und maßgebend die Schriftzüge formt [159], schreibt nicht eigenhändig im Sinne des § 2247 Abs. 1 BGB. Der Zweck der Vorschrift wird nicht erfüllt; mit der Anerkennung des so Geschriebenen als maßgebender letztwilliger Verfügung ist nicht zu rechnen.

Gleichfalls untersagt ist der Gebrauch mechanischer Hilfsmittel wie Schreibmaschine, Druck, Stempel [160]. Das gilt selbst dann, wenn der Testator sie mit eigener Hand bedient. Eigenhändig geschrieben im Sinne des § 2247 Abs. 1 BGB bedeutet eigenhändig handgeschrieben. Unter Benutzung mechanischer Hilfsmittel erfolgten Niederschriften fehlt die Individualisierungsmöglichkeit des Verfassers, wie sie die Handschrift wegen der erwähnten besonderen Eigenarten jedes einzelnen bietet. Wenn ab und an angemerkt wird, zur Zeit der Schaffung des Bürgerlichen Gesetzbuches sei die Schreibmaschine noch nicht in dem Maße wie heute verbreitet gewesen [161], so daß eigenhändiges Bedienen solcher Geräte durchaus eigenhändig geschrieben im Sinne des § 2247 Abs. 1 BGB

bedeuten könne, wird übersehen, daß jedenfalls bei der Neufassung des damaligen § 2231 Nr. 2 BGB durch § 21 TestG dieses Problem hinreichend bekannt war. Der Erbrechtsausschuß hat in Kenntnis der Frage den Gebrauch von Schreibmaschinen bewußt ausgeschlossen [162].

1. Blindenschrift

Bedenklich erscheint auch die Zulassung eines privatschriftlichen Testaments durch einen Blinden in Blindenschrift, wie es in der Literatur zum Teil gefordert wird [163]. Theodor Keidel, der sich jetzt allerdings der Gegenmeinung angeschlossen hat [164], hat diese Ansicht bis zur 31. Auflage des Palandt sogar als herrschend bezeichnet [165].

Zwar ist die ablehnende Auffassung nicht schon mit Absatz 4 des § 2247 BGB unangreifbar zu begründen. Danach kann, wer nicht zu lesen vermag, ein Testament nicht nach den vorigen Vorschriften errichten. Da der betreffende Blinde das von ihm Geschriebene lesen kann, bildet § 2247 Abs. 4 BGB kein Hindernis gegen die Gültigkeit eines in Blindenschrift gefertigten Testaments. Genau wie bei Kurzschriften oder Fremdsprachen ist nicht Voraussetzung, daß die Schrift oder Sprache allgemein bekannt ist; lediglich der Erblasser selbst muß ihrer mächtig gewesen sein.

Wie Schulze jedoch sehr detailliert ausführt, läßt die Blindenschrift, bei der mit Hilfe einer genormten Schreibunterlage mit einem spitzen Metallstift Löcher in ein Blatt Papier gestochen werden, keinen sicheren Rückschluß auf die

Person des Schreibers zu. Gewisse Eigentümlichkeiten beim Stechen einzelner Buchstaben hängen mehr vom gerade benutzten Material und anderen Zufälligkeiten ab, als daß sie sich als typische, immer wiederkehrende Eigenarten der Schrift eines bestimmten Blinden darstellten [166].

Dieses Bedenken bei Schulze ist überzeugend und hat in der Schlußfolgerung, wonach ein eigenhändiges Testament nicht in Blindenschrift errichtet werden kann, immer mehr Anhänger gefunden [167]. Auch die bisher einzige veröffentlichte Entscheidung eines Landgerichts zu dieser Frage schließt sich Schulze an [168], nachdem schon vorher das OLG Koblenz in einem obiter dictum Gleiches geäußert hat [169]. Blindenschrift steht dem Schreiben mit mechanischen Hilfsmitteln näher als der Handschrift eines Sehenden, wobei soeben ausgeführt wurde, daß Gebrauch mechanischer Hilfsmittel selbst da nicht erlaubt ist, wo der Testator sie eigenhändig betätigt.

Der Hinweis auf mangelnde Individualisierbarkeit kann nicht damit ausgeräumt werden, daß selbst bei der Handschrift eines Sehenden infolge hohen Alters oder Gebrechlichkeit mitunter Schwierigkeiten bestehen, ein Testament dem jeweiligen Erblasser mit Sicherheit zuzuordnen. Diese Zweifel ergeben sich als Grenzfälle bei ansonsten vorhandener Eignung der Handschrift zur Überprüfung der Echtheit und wurden bei der Zulassung des privatschriftlichen Testaments durch den Gesetzgeber in Kauf genommen. Die Schwierigkeit bzw. Unmöglichkeit genauer Zuordnung einer in Blindenschrift verfaßten Urkunde ergibt sich dagegen generell aus dem System dieser Schrift selbst.

Auch besteht kein Widerspruch, wenn man andererseits bei öffentlich errichteten Testamenten die Übergabe des in Blindenschrift gefertigten letzten Willens für zulässig erklärt [170]. Nach § 2232 S. 2

BGB braucht die Schrift nicht vom Erblasser geschrieben zu sein; wegen der Mitwirkung des Notars sind mechanische Hilfsmittel oder der Entwurf durch Dritte erlaubt. Die Schwierigkeiten bezüglich der Individualisierbarkeit der Blindenschrift können damit außer acht gelassen werden.

Natürlich fällt es nicht leicht, einem ohnehin vom Schicksal benachteiligten Blinden auch dann die Notwendigkeit eines Gangs zum Notar aufzubürden, wenn ansonsten die geringe Masse des zu vererbenden Vermögens dessen Hinzuziehen als überflüssig erscheinen läßt oder ein bereits vorhandenes Testament nur geringfügig abgeändert bzw. ergänzt werden soll. Dies umso mehr, als der Blinde gegebenenfalls am Inhalt des Testaments nicht uninteressierte Personen bitten muß, ihn zum Notar zu geleiten bzw. diesen herzubitten, und daher schon vor dem Beratungsgespräch mannigfachen Beeinflussungsversuchen ausgesetzt sein kann. Folge der Ablehnung der Blindenschrift dürfte sein, daß mancher Blinde auf das Abfassen eines Testaments verzichten wird und auf die Anständigkeit der gesetzlichen Erben gegenüber seinen nur unverbindlich geäusserten letzten Wünschen vertrauen muß.

Diese Nachteile ändern jedoch nichts daran, daß das Stechen von Buchstaben mit Hilfe einer vorgefertigten Schablone nicht mehr als im Sinne des § 2247 Abs. 1 BGB eigenhändig geschrieben gelten kann. Wegen der systembedingten Gleichförmigkeit der Blindenschrift ist eine Subsumtion unter den Begriff der Eigenhändigkeit mangels genügender Anhaltspunkte für die Individualisierung nicht möglich. Dem Blinden wird im Vergleich zu seinem sehenden Mitbürger die Entscheidungsfreiheit bei der Wahl der Testamentsform beschnitten. Das Unbehagen darüber kann de lege lata nicht zur Abhilfe führen.

2. Blaupause

Ebenfalls zu den Zweifelsfällen gehört die Formgültigkeit eines per Blaupause hergestellten Testaments, dessen Zulässigkeit die herrschende Meinung dem Grunde nach bejaht [171].

Sie begründet ihre Auffassung damit, daß beim Pausen die Schriftzüge vom Erblasser ebenso selbst geformt würden wie die auf dem Original mit Tinte, Blei etc. fixierten [172]. Daher treffe das Merkmal eigenhändig geschriebene Erklärung zu. Im übrigen sei für die Wirksamkeit eines privatschriftlichen Testaments nach einhelliger Ansicht das Material des Schriftträgers oder des Schreibgeräts gleichgültig, wenn es nur die Überprüfung der Echtheit zulasse und die Schriftzüge bewahre [173].

Diese Argumente haben jedoch nicht völlig überzeugt. Von denen, die gegen die Zulassung von Pauskopien Stellung genommen haben [174], hat sich am ausführlichsten das Kammergericht damit beschäftigt.

Das Kammergericht weist darauf hin, daß durch zu schwachen oder senkrechten Aufdruck Unterbrechungen im Schreibfluß der Kopie, die bei dem Original nicht vorhanden seien, auftreten bzw. ein Überprüfen gewisser Eigenschaften der jeweiligen Handschrift unmöglich gemacht werden könnten. Vor allem lasse sich nicht mit Sicherheit sagen, ob eine Pauskopie wirklich vom Erblasser stamme. Auch Dritte könnten durch Nachziehen der Linien einer Urschrift Kopien herstellen und dabei einzelne Teile weglassen [175].

Fraglich ist jedoch, ob diese Bedenken so schwerwiegend sind, daß sich allein auf sie eine generelle Ablehnung der Pauskopie als im Sinne des § 2247 Abs.1 BGB eigenhändig errichtetes Testament stützen ließe.

Die Hinweise auf zu schwachen oder senkrechten Aufdruck berücksichtigen nicht, daß bei so gefertigten letztwilligen Verfügungen individuelle Besonderheiten einer Handschrift manchmal weniger deutlich hervortreten mögen, Durchschriften in der Regel aber ein hinreichend getreues Bild des Originals ergeben, aus dem sich die Person des Testators wie bei dem Original selbst feststellen läßt. Anders als bei der soeben angeführten Blindenschrift sind Schwierigkeiten der Urheberfeststellung nicht durch die Eigenarten der Blaupause zwingend und generell voraussagbar. Sie können auftreten, müssen es jedoch nicht. Da grundsätzlich die Feststellung der Identität möglich ist, dürften einige Problemfälle dieser Art die generelle Ablehnung der Pauskopie nicht rechtfertigen, die vom Erblasser untechnisch ausgedrückt ebenfalls mit eigner Hand gefertigt wird. Den Bedenken des Kammergerichts wird insoweit Rechnung getragen, wenn man mit dem Bundesgerichtshof eine besonders sorgfältige Prüfung des durchgepausten Testaments auf seine Echtheit verlangt [176].

Schwerwiegender scheint dagegen der letztgenannte Einwand des Kammergerichts, auch Dritte seien in der Lage, durch Nachziehen der Linien einer Urschrift Kopien anzufertigen, wobei durch Weglassen bestimmter Passagen der letzte Wille verfälscht werden könne. Hierin liegt der gewichtige Hinweis, daß eine Durchschrift nicht in gleicher Weise wie das Original Sicherheit über die Vollständigkeit einer Erklärung zu verbürgen vermag. Das Gegenargument Olaf Werners, auch bei normalen eigenhändigen Testamenten sei Fälschen durch Nachahmen der Handschrift möglich [177], trifft nicht den Kern der Sache. Verfälschen durch Weglassen einzelner Worte oder ganzer Sätze bei äusserlich vollständig scheinender Erklärung ist eine typische Gefahr der Pauskopie, die der Gesetzgeber ansonsten nicht zu beachten brauchte. Ob die gefor-

derte besonders sorgfältige Überprüfung auf Echtheit hier genügenden Ausgleich und Sicherheit bietet, ist zumindest fraglich.

Allerdings scheint dieser Gesichtspunkt in der Praxis nicht entscheidungserheblich zu sein. In den bisher bekannt gewordenen Fällen ging es darum, ob es ausreicht, wenn ein Erblasser auf der Durchschrift Streichungen, Veränderungen oder Zusätze vornimmt, das Original hingegen, das zu Vergleichszwecken sogar dem Gericht vorliegen kann, unverändert läßt [178].

Vernachlässigt man also dieses Bedenken des Kammergerichts als eher theoretischer Natur und erkennt die Pauskopie als zur Überprüfung der Echtheit ebenso geeignet an wie das Original, bleibt jedoch ein Gesichtspunkt, auf den die herrschende Meinung selbst den Blick lenkt, wenngleich er bisher von der Gegenmeinung noch nicht aufgegriffen worden ist:

Nach der Verkehrsanschauung übt eine Blaupause im allgemeinen nicht die Funktion einer Urschrift, sondern lediglich die einer Abschrift aus [179]. Daher verlangt der Bundesgerichtshof, daß derjenige, der sich auf eine Blaupause beruft, nach allgemeinen Grundsätzen des Beweisrechts Umstände dartun muß, aus denen sich ein von der Verkehrsanschauung abweichender Wille des Erblassers ergibt, mehrere Urschriften herzustellen [180]. Da Testierwille erst im Zeitpunkt des Abschlusses der Errichtungshandlung gefordert wird [181], kann sich folgerichtig auch der Wille zum Herstellen mehrerer Urschriften erst später bilden. Folgt man dem Bundesgerichtshof [182] und läßt Ausnahmen von der Verkehrsanschauung zu, ist jene Ansicht konsequent, die das Bayerische Oberste Landesgericht in nachstehendem Leitsatz formuliert hat:

"... sie (die mittels Kohlepapier hergestellte Durchschrift eines eigenhändigen Testaments) kann vom Erblasser durch nachträgliche Zusätze zur Urschrift eines neuen eigenhändigen Testamentes gemacht werden."183

Die Bedenken ergeben sich nun aus folgenden Überlegungen: Falls keine nachträglichen Änderungen, Zusätze oder Streichungen vorgenommen werden, besteht kein Bedürfnis für weitere Urschriften. Selbst wenn das Original abhanden kommt, bleibt der testamentarisch bedachte Erbe oder Vermächtnisnehmer nicht rechtlos. Mit Hilfe der Durchschrift kann er Beweis dafür führen, daß ein Testament formgültig errichtet worden ist [184]. Da dessen Wirksamkeit nicht endet, wenn es unfreiwillig zerstört bzw. verändert wird oder verloren geht [185], steht einer Verwirklichung des letzten Willens des Testators nichts im Wege [186]. Sollten gesetzliche Erben behaupten, der Erblasser selbst habe ein nicht mehr auffindbares oder zerstörtes Testament in Widerrufsabsicht gemäß § 2255 S. 1 BGB aus der Welt geschafft, wären sie dafür beweispflichtig [187].

Entscheidend ist die Zulassung weiterer Originale nur, wenn einzig auf der Durchschrift oder gar auf einer von mehreren Durchschriften Streichungen vorgenommen bzw. Zusätze eingefügt werden, die im Normalfall als von der vorhandenen Unterschrift noch gedeckt einer erneuten Unterschrift nicht bedurft hätten und diese auch nicht aufweisen. Wird ein Zusatz gesondert unterschrieben, ist er ohnehin gültig; wie noch auszuführen sein wird, müssen Zusätze nicht auf der eigentlichen Testamentsurkunde stehen [188].

Gerade bei nicht unterschriebenen Zusätzen sowie Streichungen auf der Durchschrift zeigt sich aber der Sinn der Verkehrsanschauung, die Pauskopien nur die Funktion von Abschriften zubilligt. Mißt man den abgeänderten Durchschriften die Bedeutung von weiteren

Originalen zu, befinden sich verschiedene zunächst gleichlautende Urschriften des einen Testaments mit nunmehr teilweise abweichendem Inhalt in Umlauf, so daß fraglich ist, auf welches Exemplar bei der Erbscheinserteilung abgestellt werden soll. Dieses Dilemma wird noch größer, wenn auf mehreren Urschriften nachträgliche, sich jedoch untereinander widersprechende Abänderungen vorhanden sind.

Gefährlich wird es weiter, wenn der Erblasser eine zunächst vorsorglich angefertigte Durchschrift später wegwirft. Bestehen nämlich von einem Testament mehrere Urschriften, so genügt für den Widerruf nach § 2255 S. 1 BGB Veränderung oder Vernichtung einer einzigen Ausfertigung, sofern der erforderliche Aufhebungswille vorhanden ist [189]. Zumindest Beweisschwierigkeiten wären die Folge der Vernichtung einer nicht mehr benötigten Durchschrift.

Insgesamt führt die Zulassung der Pauskopie als Urschrift zu erheblicher Rechtsunsicherheit als Preis für wenige gut gemeinte Entscheidungen, zumal das Risiko besteht, daß die Durchschrift eines vom Erblasser längst nach § 2255 S. 1 BGB durch Wegwerfen widerrufenen Testaments als Urschrift untergeschoben wird [190]. Um solche Unsicherheit zu vermeiden, erscheint es nicht als unzumutbare Belastung, wenn dem Testator auferlegt wird, Änderungen auf dem Original vorzunehmen. Ist er dazu nicht in der Lage, etwa weil er es nicht mehr in Besitz hat, steht ihm jederzeit frei, ein neues Testament zu errichten bzw. in geringfügigen Fällen durch neue eigenhändig geschriebene und unterschriebene Einzelverfügung die gewünschte Änderung herbeizuführen, was auf der Durchschrift geschehen kann. Auch die Schwierigkeiten bei der Suche nach sicheren Kriterien für einen von der Verkehrsanschauung abweichenden Willen des Erblassers, mehrere Urschriften herzustellen, sprechen gegen die Zulassung der Pauskopie.

Anders ist es natürlich, wenn die Durchschrift selbst das Original bildet. Das OLG Celle konstruierte einen solchen Fall in seiner Vorlage, die den schon genannten Beschluß des Bundesgerichtshofs zur Folge hatte: Der Erblasser führt einen Schreibstift, der keine Farbe mehr abgibt, unmittelbar über das Blaupapier, ohne einen Schriftträger dazwischen zu legen [191]. Hier ersetzt das Blaupapier nur die mangelnde Tinte oder den Graphit des Schreibstifts. Da die angeführten Schwierigkeiten mit sich widersprechenden Urschriften nicht auftreten können, steht der Zulassung solcher Testamente, sollten sie wirklich einmal vorkommen und nicht nur phantasievolle Konstruktion eines Obergerichts bleiben, nichts im Wege. Entscheidungserheblich für die Anerkennung oder Verwerfung normaler Pauskopien sind sie nicht.

3. Einschübe von fremder Hand bzw. mit mechanischen Hilfsmitteln

Zweifelhaft bestellt ist es auch um die Gültigkeit letztwilliger Verfügungen, die nur teilweise vom Erblasser eigenhändig zu Papier gebracht wurden, sei es, daß er sich bei einigen Passagen mechanischer Hilfsmittel bediente wie z.B. Stempel oder Schreibmaschine [192], sei es, daß Dritte Teile des Testaments erstellten.

Wie es dazu kommen kann, zeigt folgende Begebenheit: Mitten während der Niederschrift seines letzten Willens versagte dem Ackerer Peter K.=Bl. die Hand. Darauf führte eine andere Person - wahrscheinlich die anfangs als Erbin benannte Susanne Sch. - den gerade begonnenen Satz,in dem sie mit einem Vermächtnis zugunsten des Bruders des Erblassers belastet wurde, mit Einverständnis des Peter K.=Bl. weiter. Das Vermächtnis lautete: "Dieselbe ist gehalten, aus diesem Nachlasse meinem Bruder Mathias K. zu Serrig einen Ertrag von dreißig Mark herauszuzahlen."

Der Teil "achlasse meinem Bruder Mathias K. zu Serrig einen Ertrag von" stammt nicht von der Hand des Testators. Peter K.=Bl. erholte sich schnell wieder, führte den Satz zu Ende und unterschrieb eigenhändig [193].

Unter Berufung auf das Reichsgericht, das die Erbeinsetzung entgegen den beiden Vorinstanzen für gültig erklärt hat, behandelt die heute völlig herrschende Lehre solche Einschübe selbst wegen Verstoßes gegen § 2247 Abs. 1 BGB gemäß § 125 S. 1 BGB als nichtig, wendet dann jedoch § 2085 BGB an [194]. Der "ungültige Teil" soll in der Regel nicht das ganze Testament zerstören, es sei denn, nach dem Willen des Erblassers sollte der "gültige Teil" von dem Bestand des "ungültigen Teils" abhängen.

In der genannten Entscheidung hat sich das Reichsgericht mit einer früher stark vertretenen Gegenmeinung [195] auseinandergesetzt und seinen Standpunkt ausführlich begründet. Zunächst gesteht es zu, daß sich aus der Entstehungsgeschichte keine Anhaltspunkte für seine Ansicht herleiten lassen. Zwar fehlt eine dem "en entier" des Code civil entsprechende Bekräftigung in § 2247 Abs. 1 BGB, obwohl entsprechende Anträge gestellt wurden [196]. § 2247 Abs. 1 BGB verlangt schlicht eine eigenhändig geschriebene Erklärung; Zusätze wie "ihrem ganzen Umfang nach" oder "ihrem ganzen Inhalt nach" finden sich nicht. Bei der bekannt knappen Ausdrucksweise des Bürgerlichen Gesetzbuches läßt sich jedoch aus der fehlenden Bekräftigung kein Gegenschluß auf eine gewollte Abschwächung des französischen Vorbilds ziehen. Die Väter des Gesetzes liebten es nicht, ihrer Ansicht nach Überflüssiges mit aufzunehmen.

Für ausschlaggebend bei der Auswirkung nicht eigenhändiger Einschübe hält das Reichsgericht § 2085 BGB. Danach werde im Gegensatz zur allgemeinen

Regel § 139 BGB nicht die Abhängigkeit, sondern die Selbständigkeit jeder Verfügung vermutet. In umgekehrter Beweislast streite eine gesetzliche Vermutung dafür, daß bei Unwirksamkeit einzelner Verfügungen der Erblasser die übrigen auch sonst getroffen hätte. Abgesehen von dem Regel-Ausnahmeverhältnis ließen sich aber die Grundsätze des § 139 BGB auf Testamente anwenden [197]. Insoweit sei anerkannt, daß Teilnichtigkeit auf jeder Art von Unwirksamkeit, auch auf Formmängeln beruhen könne [198]. Im übrigen könnten ebenso bei gerichtlichen oder notariellen Testamenten Zusätze, Einschaltungen oder Ergänzungen vorkommen, die nicht als gerichtlich bzw. notariell beglaubigt zu gelten hätten, ohne daß dies dazu zwinge, die ganze Testamentserrichtung als keine gerichtliche bzw. notarielle zu erachten. Das privatschriftliche Testament nehme da keine Sonderstellung ein [199].

Diese Auffassung - auch wenn sie heute nicht mehr umstritten ist - bedarf jedoch genauerer Überprüfung.

Tragende Grundlage, auf die sie sich stützt, ist die aus § 2085 BGB hergeleitete Selbständigkeit jeder Verfügung. Daraus ergebe sich, daß unzulässige Einschübe nicht das ganze Testament formnichtig machten, sondern nur die jeweilige Einzelverfügung, in der sie stünden. Eben diese entscheidende Frage ist jedoch mit einem einfachen Hinweis auf die Vermutung des § 2085 BGB nicht zu beantworten. An dieser Stelle muß detaillierter geprüft werden, wann und unter welchen Voraussetzungen diese Vermutung überhaupt eingreift.

§ 2085 BGB setzt voraus, daß in einem Testament nur eine von mehreren Verfügungen unwirksam ist. Abgesehen davon, wieweit sich die Nichtigkeit der einen Verfügung auswirkt, müssen die anderen zunächst wirksam sein. Unter dieser Voraussetzung gilt die angeführte Vermutung der Selbständigkeit jeder Verfügung:

§ 2085 BGB kehrt als Sondervorschrift für das Testamentsrecht die Beweislast des § 139 BGB bei Teilnichtigkeit um. Ob aber bei Einschüben oder sonstigen Formmängeln nur eine Verfügung oder vielmehr das ganze Testament nichtig ist, ist eine Frage, auf die jedenfalls unmittelbar § 2085 BGB keine Antwort gibt.

§ 2085 BGB ist z.B. anwendbar, wenn ein mehreren Erben auferlegtes Vermächtnis gegenüber einem einzelnen Beschwerten unwirksam ist [200] oder das Beschenken der Geliebten mit dem Familienschmuck gegen die guten Sitten verstößt [201]. In diesen Fällen trifft denjenigen, der Nichtigkeit des Testaments insgesamt behauptet, die Beweislast dafür, daß nach dem Willen des Erblassers die übrigen Verfügungen gerade vom Bestand der einen unwirksamen abhängen sollten; in diesem Zusammenhang läßt sich der Satz von der vermuteten Selbständigkeit bejahen. Dabei ist möglich, daß der Mangel der unwirksamen Verfügung auf Formfehlern beruht, etwa wenn ein Nachtrag nicht unterzeichnet wurde.

Wer dagegen aus § 2085 BGB unmittelbar Schlüsse auf die Auswirkung nicht eigenhändiger Einschübe zieht, geht methodisch falsch vor. Er wendet die in dieser Vorschrift enthaltene Vermutung der Selbständigkeit jeder einzelnen Verfügung zu früh an. Nichtigkeit nur einer Verfügung ist Voraussetzung des § 2085 BGB [202]; dieser regelt gerade die Auswirkungen einer nichtigen Verfügung auf die übrigen in dem Testament befindlichen. Die auf der Unwirksamkeit nur eines Teils des Testaments basierende Vermutung kann dagegen nicht schon als Begründung für bloße Teil- und nicht völlige Nichtigkeit herangezogen werden. Hier werden in unzulässiger Weise Voraussetzung und Rechtsfolge einer Vorschrift verwechselt. Ein Rechtssatz, der das Zusammentreffen wirksamer und unwirksamer Teile in einem Testament regelt, besagt unmittelbar nichts darüber, ob wirklich nur

ein Teil oder nicht vielmehr das Ganze wegen eines Formfehlers nichtig ist. § 2085 BGB vermutet nur die Selbständigkeit jeder wirksamen Verfügung, nicht die Wirksamkeit jeder selbständigen Verfügung.

Sedes materiae bleibt daher zunächst § 2247 Abs. 1 BGB in Verbindung mit § 125 S. 1 BGB. Dieser muß daraufhin untersucht werden, ob sich in ihm Anhaltspunkte für eine nur begrenzte Auswirkung der genannten formwidrigen Einschübe finden lassen. Erst bei nur begrenzter Auswirkung dieser Einschübe schlösse sich dann gemäß § 2085 BGB die Prüfung an, inwieweit die übrigen Verfügungen in ihrer Wirksamkeit betroffen sind.

Nach § 2247 Abs. 1 BGB kann der Erblasser "ein Testament" durch eigenhändig geschriebene und unterschriebene Erklärung errichten. Somit wird nicht auf voneinander unabhängige einzelne Anordnungen abgestellt, sondern die Regelung des Nachlasses als Einheit betrachtet, die ihren Abschluß in der eigenhändigen Unterschrift findet. Mag auch der letzte Wille aus vielen Einzelverfügungen zusammengesetzt sein, so findet doch diese Vielfalt in den Formerfordernissen des § 2247 Abs. 1 BGB keine Berücksichtigung. Der Ausdruck "ein Testament" gibt für eine Differenzierung nichts her. Er weist eher darauf hin, daß die Folgen von Formverstößen "ein Testament" einheitlich und nicht in Einzelregelungen aufgesplittert treffen sollen. Wenn auch ein dem en entier des Code civil entsprechender Zusatz fehlt, so steht das, wie selbst das Reichsgericht eingeräumt hat, dieser Deutung wegen der knappen Ausdrucksweise des Bürgerlichen Gesetzbuches nicht entgegen. Hätte der Gesetzgeber bei der Formgültigkeit nicht auf das Testament als Einheit, sondern auf die darin enthaltenen Einzelverfügungen abstellen wollen, spricht vieles dafür, daß

er dies wie in anderen Vorschriften klar ausgedrückt hätte. Nicht nur in § 2085 BGB wird von den in einem Testament enthaltenen Verfügungen gesprochen, auch beim Widerruf des Testaments nach § 2253 Abs. 1 BGB heißt es: "Der Erblasser kann ein Testament sowie eine einzelne in einem Testament enthaltene Verfügung jederzeit widerrufen."

Die von der herrschenden Meinung vertretene Auffassung läßt sich daher allenfalls mit einer entsprechenden Anwendung des § 2085 BGB begründen. Dann müßte zunächst in dem Fehlen einer besonderen Regelung für die Fälle nur passagenweiser Formwidrigkeit bei ansonsten eigenhändig geschriebener und unterschriebener Erklärung eine Lücke im Gesetz liegen. Ob in dem Fehlen einer Sonderregelung für die angesprochenen Fälle wirklich eine Gesetzeslücke liegt oder ob, worauf der Streit um eine dem en entier des Code civil entsprechende Formel hinweisen könnte, der Gesetzgeber in Kenntnis des Problems mit der Formulierung "ein Testament" in § 2247 Abs. 1 BGB nicht gerade solche Testamente als formfehlerhaft verwerfen wollte, bleibt zweifelhaft. Wer trotz dieser Zweifel eine planwidrige Unvollkommenheit des Gesetzes und damit eine Lücke bejaht, dem eröffnet sich dann die Möglichkeit, § 2085 BGB im Wege der Einzelanalogie zur Lückenfüllung heranzuziehen. Diese Lösung befriedigt sicher in den Fällen mehr, wo der nicht eigenhändige Teil im Gesamtgefüge des letzten Willens einen recht unbedeutenden Baustein ausmacht und mit Sicherheit anzunehmen ist, daß nach dem Willen des Erblassers "der Rest" auch ohne ihn hätte Geltung haben sollen.

Demgegenüber überzeugt der Hinweis auf nicht beurkundete Zusätze oder Ergänzungen in gerichtlichen

oder notariellen Testamenten nicht. Diese sind nur damit zu vergleichen, daß nachträglich nicht eigenhändige Passagen in ein schon abgeschlossenes formgültiges Testament geraten. Daß dadurch die schon entstandene Wirksamkeit nicht mehr beeinflußt werden kann, ist offensichtlich. Die Situation ist hier ähnlich, als würde später ohne Willen des Testators ein Dritter das Testament vernichten oder dieses sonstwie abhanden kommen. Ein ohne Widerrufsabsicht vernichtetes, beschädigtes oder verlorengegangenes Testament bleibt gültig, solange sein Inhalt mit den allgemeinen Beweismitteln dargetan werden kann [203].

4. Bezugnahme auf nicht eigenhändige Schriftstücke, insbesondere auf aus der amtlichen Verwahrung zurückgenommene öffentliche Testamente

Ebenfalls ein Problem der Mischung von eigenhändiger und nicht eigenhändiger Niederschrift bildet die Bezugnahme auf Schriftstücke, die den Anforderungen des § 2247 Abs. 1 BGB nicht entsprechen. Zur Verdeutlichung mögen drei Beispiele aus der Praxis dienen.

Einer Entscheidung des LG Düsseldorf lag folgender Sachverhalt zugrunde: Der Erblasser hatte ein maschinenschriftliches Testament in einen Briefumschlag gesteckt und an diesen Umschlag einen Zettel geheftet, auf dem - unstreitig eigenhändig geschrieben und unterschrieben - stand: "Das gilt auch heute noch" sowie "Der Inhalt gilt auch heute noch" [204].

Ähnlich verhielt es sich in einem Fall vor dem LG Berlin. Dort war der Text zwar handschriftlich

geschrieben worden, jedoch von einer Schwester der als Erbin eingesetzten Braut des Erblassers. Der Erblasser selbst hatte lediglich darunter einen Vermerk angebracht: "Das gilt nur, solange Editha meine Braut bleibt. Charlottenburg, (gez.) Paul K." [205]

Abschließend soll - noch unter der Geltung des § 2231 Nr. 2 BGB aF - ein Beschluß des Bayerischen Obersten Landesgerichts aus dem Jahre 1932 erwähnt werden. Vor der Einlieferung ins Krankenhaus hatte die kurz darauf verstorbene Luise K. ihrer Bekannten Frau R. brieflich mitgeteilt, in der rechten Schublade des Büffets ihrer Wohnung liege eine Testament. Der Brief war mit Orts- und Zeitangabe versehen, eigenhändig geschrieben und unterschrieben; außer dem Hinweis auf das Testament waren mehrere Wünsche angeführt, die nach ihrem Ableben erfüllt werden sollten. Entsprechend dem Hinweis fand sich im Büffet eine von Luise K. ebenfalls eigenhändig geschriebene und unterschriebene letztwillige Verfügung, die Frau R. zur Alleinerbin erklärte. Allerdings war nur der Ort, nicht der Tag der Errichtung bezeichnet.[206]

Bezüglich der gerade angeführten Fälle existiert eine sehr klare, gefestigte und fast unbestrittene herrschende Meinung. Danach können in Bezug genommene Schriftstücke oder Anlagen nur dann Bestandteil eines privatschriftlichen Testaments sein, wenn sie selbst eigenhändig vom Erblasser niedergeschrieben sind. Verweisung auf Urkunden, die nicht der Form des § 2247 Abs. 1 BGB genügen, gilt als unzulässig [207]. Mit einer bloßen Verweisung werde der Zweck des Eigenhändigkeitsgebots nicht erreicht [208].

Folgerichtig erkannten die Landgerichte Düsseldorf und Berlin auf Nichtigkeit [209]. Der eigentliche Inhalt der Testamente entsprach - Maschinenschrift bzw. fremde Handschrift - nicht den Voraussetzungen des § 2247 Abs. 1 BGB bzw. § 21 TestG; was formell

den Anforderungen genügte, war materiell kein Testament und ohne den formnichtigen Teil unverständlich.

Dagegen verstieß der Gültigkeit bejahende Beschluß des Bayerischen Obersten Landesgerichts [210] gegen geltendes Recht. Wegen Fehlens der damals noch zwingend vorgeschriebenen Zeitangabe war das Testament im Büffet formunwirksam. Der Brief an Frau K. entsprach zwar den äußeren Anforderungen des § 2231 Nr.2 BGB aF, er enthielt aber keine Erbeinsetzung. Auch war es nicht klar, ob es sich bei den darin geäußerten Wünschen um letztwillige Verfügungen handelte oder ob sie nur unverbindliche Anregungen waren [211], so daß Zweifel am Testierwillen erlaubt sind. Damit bleibt nur, daß ein äußerlich § 2231 Nr. 2 BGB aF genügender Brief, der aber kein Testament war, auf ein § 2231 Nr. 2 BGB aF nicht genügendes Testament verwies [212]. Indem es die Mängel dadurch behoben hat, daß es sich die notwendigen Formerfordernisse eines eigenhändigen Testaments aus mehreren selbständigen Schriftstücken zusammenklaubte, mag das Bayerische Oberste Landesgericht durchaus dem wahren inneren letzten Willen der verstorbenen Luise K. zur Wirksamkeit verholfen haben - allerdings contra legem.

Gegen die trotz solcher Fehler in Einzelfällen im Grundsatz klare und deutliche Linie von Rechtsprechung und herrschender Lehre, die sich sowohl auf den Wortlaut als auch den Sinn des Gesetzes stützen kann und im übrigen mit der ausdrücklichen Regelung in § 582 ABGB übereinstimmt [212*], hat bisher lediglich das Kammergericht in einer Entscheidung von 1969 Bedenken angemeldet.

Folgendes war geschehen: Die Erblasserin hatte mündlich vor einem Notar ein Testament errichtet, das von diesem zur besonderen amtlichen Verwahrung gebracht worden war. Später verlangte sie es von dem verwahrenden Gericht zurück, wobei sie von dem Rechts-

pfleger belehrt wurde, daß dadurch gemäß § 2256 Abs. 1, S. 1 BGB das Testament als widerrufen gelte. Nach der Belehrung unterschrieb sie die Rückgabeverhandlung; der Rechtspfleger seinerseits brachte auf dem Testament folgenden von ihm unterzeichneten Vermerk an: "Dieses Testament gilt durch die am 5.11.1968 erfolgte Rückgabe aus der amtlichen Verwahrung als widerrufen." Am selben Tag noch durchkreuzte die Erblasserin den Vermerk und schrieb eigenhändig darunter:

"Das Testament hat Gültigkeit!
B., den 5. 11. 1968
Gr. B. "

213

An sich ein klarer Fall von Unwirksamkeit, soweit man die Urkunde als privatschriftliches Testament gemäß § 2247 BGB betrachtet und an der bis dahin unbestrittenen herrschenden Meinung mißt. Das gesetzliche Erfordernis eigenhändig geschrieben ist bezüglich des gesamten Inhalts nicht gewahrt; lediglich die Bestätigung ist eigenhändig geschrieben wie unterschrieben. Wer das aber als ausreichend ansieht, müßte dem Grunde nach Unterschrift des Erblassers unter jedem beliebigen von fremder Hand oder mit Maschine geschriebenen Text zulassen und als gültig anerkennen [214]. Weder die nicht mehr zwingend erforderliche Orts- und Zeitangabe noch der Zusatz: "Das Testament hat Gültigkeit!" ergeben einen wesentlichen Unterschied. Auch der Umstand, daß es sich bei dem maschinengeschriebenen Text um ein einmal gültig gewesenes öffentliches Testament handelt, bildet im Rahmen des § 2247 Abs. 1 BGB keinen notwendigen oder auch nur naheliegenden Anlaß zu differenzieren.

Dennoch hat das Kammergericht die von ihm ausdrücklich angemeldeten Bedenken gegen die herrschende Meinung wohl auf den Sonderfall eines durch Rücknahme gemäß § 2256 Abs. 1, S. 1 BGB als widerrufen geltenden öffentlichen Testaments beschränkt [215].

Gründe aus dem Gesetz führt es jedoch für seine Bedenken nicht an. Es beruft sich lediglich auf eine ebenfalls problematische Entscheidung des OLG Düsseldorf, in der ein vom Erblasser zerrissenes privatschriftliches Testament als gültig angesehen wurde, weil dieser später die Teile wieder zusammengeklebt und in einen Umschlag mit der von ihm unterschriebenen Aufschrift "Mein Testament" gesteckt hatte [216]. Das vom Kammergericht herangezogene argumentum a maiore ad minus von einem zerrissenen auf ein äußerlich intaktes Testament überzeugt in diesem Zusammenhang schon deshalb nicht, weil es sich in dem vom OLG Düsseldorf entschiedenen Fall um ein eigenhändig geschriebenes Schriftstück handelte, aus dem sich für maschinengeschriebene Texte im Rahmen einer Untersuchung des § 2247 Abs. 1 BGB nichts herleiten läßt.

Leider konnte die Sache nicht, was wünschenswert gewesen wäre, dem Bundesgerichtshof zum Ausräumen der - dann vielleicht substantiierteren - Bedenken vorgelegt werden, da der Senat schon aus anderen Gründen den angefochtenen Beschluß der Vorinstanzen aufhob und zurückverwies.

Er behauptete, Frau Gr. B. hätte möglicherweise bereits bei der Rücknahme die Vorstellung gehabt, sie könne den durch § 2256 Abs. 1, S. 1 BGB fingierten Widerruf ihrerseits in der von ihr gewählten Weise widerrufen und somit die Geltung des Testaments wieder herstellen. In diesem Fall sei die Rücknahme gemäß § 2078 Abs. 2 BGB anfechtbar [217].

Ob die durch Rücknahme aus der amtlichen Verwahrung bewirkte Nichtigkeit durch Widerruf oder Anfechtung des Erblassers selbst wieder beseitigt werden kann, soll im Rahmen einer Untersuchung von Formerfordernissen nicht näher erörtert werden.

Insoweit darf insbesondere auf die Stellungnahmen zu dieser Entscheidung bei Werner Merle [218] und Johannes Riedel [219] verwiesen werden.

Für den hier interessierenden Bereich der Bezugnahme auf nicht vom Erblasser eigenhändig geschriebene Schriftstücke muß genügen, daß substantiierte Argumente gegen die dargestellte herrschende Ansicht nicht vorgebracht werden. Die nicht näher erläuterten Bedenken des Kammergerichts bieten keinen Anhaltspunkt dafür, daß Praxis und Literatur von der § 2247 Abs. 1 BGB entsprechenden Forderung nach eigenhändiger Errichtung des ganzen Testaments abgehen werden. Dafür spricht auch, daß das Bayerische Oberste Landesgericht in einem 1973 ergangenen Beschluß ausdrücklich erklärt hat, die Bedenken des Kammergerichts nicht teilen zu können [220].

Wenn nach der genannten Entscheidung des Bayerischen Obersten Landesgerichts überhaupt noch gestritten werden sollte, dann allenfalls in dem engeren Bereich des aus der amtlichen Verwahrung zurückgenommenen Testaments und darüber, ob insoweit Widerruf bzw. Anfechtung zulässig ist.

Bezüglich der Formerfordernisse des privatschriftlichen Testaments ist der frühere Charakter eines Schriftstücks als öffentliches Testament oder sonstige Urkunde nicht erheblich; hier kommt es lediglich auf Eigenhändigkeit an. Ist der eigenhändige Teil nicht aus sich als Testament verständlich, sondern bezieht sich nur auf nicht eigenhändige Verfügungen, liegt insgesamt kein gültiges Testament gemäß § 2247 Abs. 1 BGB vor.

5. Handschriftliche Abänderungen auf Durchschriften öffentlicher Testamente

Weniger klar als bei Bezugnahmen auf nicht eigenhändig geschriebene Schriftstücke ist die Rechtslage,

wenn auf Durchschriften öffentlicher Testamente handschriftliche Abänderungen bzw. Ergänzungen vorgenommen werden. Soweit Durchschriften eigenhändiger Testamente nicht als weitere Originale anerkannt werden, stellt sich dort die selbe Problematik.

So strich ein Erblasser auf der ihm ausgehändigten maschinenschriftlichen Durchschrift seines notariell errichteten und in amtliche Verwahrung gegebenen Testaments die Erbeinsetzung seines Großneffen durch und fügte am Rande handschriftlich ein:

"In Abänderung zu Absatz I meines Testaments vom 22.10.1957 bestimme ich hiermit zum Nacherben meinen Neffen X. in Y.
Bonn, Donnerstag, 13. August 1959.
Eigenhändige Unterschrift." 221

Später änderte er ein Vermächtnis ab, indem er handschriftlich an den Rand setzte:

"bis zum Höchstbetrage von 50.000 DM - in Worten fünfzigtausend Mark - B., den 20.3.1961, C." 222

Bezüglich der neuen Erbeinsetzung ergeben sich nach den bisherigen Ausführungen keine Schwierigkeiten. Zwar ist die Streichung auf der Durchschrift kein Widerruf der bisherigen Erbenbestimmung durch schlüssiges Tun, da § 2255 S. 1 BGB Veränderungen an der Testamentsurkunde selbst verlangt; gemäß § 2253 Abs. 1 BGB i.V.m. § 2254 BGB kann ein bestehendes Testament jedoch durch ein neues widerrufen werden. Da Widerruf nur einzelner Teile zulässig ist, ein öffentliches Testament wegen der Gleichwertigkeit aller Testamentsformen durch ein neues privatschriftliches außer Kraft gesetzt wird [223] und die Abänderung alle Voraussetzungen des § 2247 Abs. 1 BGB erfüllt, ist nunmehr statt des Großneffen der Neffe Nacherbe [224]. Daß die Abänderungsanordnung auf einem maschinenschriftlichen Durchschlag des notariellen Testaments steht, schadet nicht: Der maschinenschriftliche Text ist nicht Bestandteil der

neuen eigenhändigen Verfügung und kann somit auch nach der hier vertretenen Auffassung deren Wirksamkeit nicht beeinträchtigen [225].

Schwieriger gestaltet sich hingegen die Einschränkung des Vermächtnisses. Der Zusatz allein ist aus sich heraus keine neue selbständige Verfügung. Erst in Verbindung mit dem Text auf der Durchschrift ergibt sich der vom Erblasser gewollte Sinn. Dennoch erkannte der Bundesgerichtshof unter Aufhebung der Entscheidung des Berufungsgerichts auf Gültigkeit und formulierte folgenden Leitsatz:

> "Ein rechtswirksamer Widerruf oder eine rechtswirksame Einschränkung eines in amtlicher Verwahrung befindlichen Testaments liegt auch dann vor, wenn der Erblasser auf einer mit Schreibmaschine geschriebenen Testamentsabschrift den Widerruf oder die Einschränkung durch handschriftliche mit Ortsangabe und Datum versehene eigenhändig geschriebene, von ihm unterschriebene Zusätze vornimmt, die erst in Verbindung mit der maschinengeschriebenen Testamentsabschrift einen voll verständlichen Sinn erhalten." 226

Wenn man den zugrundeliegenden Sachverhalt berücksichtigt, ist dieser Leitsatz nicht unproblematisch. Zwar ist der ständigen Rechtssprechung zuzugeben, daß bei der Auslegung des letzten Willens auch Umstände berücksichtigt werden können, die außerhalb des Testaments liegen oder nicht der vorgeschriebenen Form genügen, sofern sich aus dem Testament selbst ein Anhaltspunkt auf Hinzuziehung dieser Umstände ergibt [227]. Auslegung bedeutet jedoch nur, daß ein nicht völlig klarer Satz oder Begriff präzisiert wird. Zumindest anlagemäßig muß der durch Auslegung zu erschließende Sinn schon vorhanden sein. Die hinzugezogenen Hilfsmittel dienen der Erschließung dieses Sinnes, sie ersetzen nicht seine Niederschrift in der Urkunde selbst. Sobald unter dem Deckmantel Auslegung versucht wird, in den formgültigen Teil eines Testaments das einzuführen, was erst in den zur Auslegung herangezogenen Schriftstücken enthalten ist, werden

die Grenzen zulässiger Auslegung überschritten. Zur Abgrenzung folgende Fälle:

Einmal vermacht der Erblasser seiner Tochter seinen Hausrat unter Hinweis auf eine maschinenschriftliche Anlage. Hier wird lediglich der Begriff Hausrat, wie der Vater ihn verstanden hat, durch die § 2247 Abs. 1 BGB nicht genügende Anlage näher präzisiert. Gleiches kann bei anderen Vermögensaufstellungen gelten.

Ein anderes Mal wendet der Erblasser seiner Tochter einen Teil des Hausrats bzw. ein sonstiges Vermächtnis laut Anlage zu, wobei die Anlage maschinenschriftlich oder von fremder Hand gefertigt ist. Ein solches Vermächtnis, das erst aus der Anlage verständlich wird, kann keine Wirkung haben. Durch einfachen Austausch der Anlage ist es möglich, den Willen des Testators zu verfälschen; es besteht keinerlei Sicherheit für dessen Authentizität [228].

Der in der genannten Entscheidung im Streit befindliche Zusatz bildet nun gerade einen Grenzfall. Dem Bundesgerichtshof ist darin zuzustimmen, daß die Worte "bis zum Höchstbetrage von 50.000 DM" erkennbar den Sinn haben, einen in der Vorstellung des Erblassers vorhandenen bestimmten Vermögenswert zu begrenzen, und zwar bis zum Höchstbetrag von 50.000 DM. Ob aber auch die Schlußfolgerung zwingend ist, das reiche aus, eine der Auslegung fähige Willenserklärung anzunehmen [229], erscheint zumindest zweifelhaft.

Aus sich selbst heraus beinhaltet der Zusatz keinen Bezug auf ein bestimmtes Vermächtnis in einem bestimmten Testament. Verständlich wird er erst durch seine räumliche Stellung in der Durchschrift, da er dadurch Bezug zu dem vom Erblasser gemeinten Vermächtnis und seinen Sinn als letztwillige Äußerung erhält. In diesem Fall scheint die Haltung des OLG Köln gesetzes-

treuer und den Anfängen wehrend. Der Zusatz ist aus sich heraus nicht nur "nicht voll" verständlich, wie es der Leitsatz beschönigend formuliert, sondern unverständlich. Unverständliche Zusätze aber sind der Auslegung nicht fähig.

Wenn der Bundesgerichtshof ausführt, es sei ein "durchaus natürlicher Vorgang", daß der "offensichtlich über testamentarische Formvorschriften unterrichtete Erblasser sich zur Abänderung seines hinterlegten Testaments einer Testamentsabschrift bediente" [230], ist das nicht mehr als eine bloße Behauptung. Hätte der Erblasser wirklich Kenntnis von testamentarischen Formvorschriften gehabt, wäre es nicht natürlich, sondern unverständlich und leichtsinnig, eine Form zu wählen, die nach langem Streit erst beim Bundesgerichtshof Bestätigung ihrer Wirksamkeit findet. Wer Kenntnisse unterstellt, muß eher zur Unwirksamkeit kommen, da kaum zu erwarten ist, daß ein verständiger Erblasser durch zweifelhafte Formerfüllung seine Erben in einen Rechtsstreit durch drei Instanzen zwingen wollte.

II. Unterschrift

Während das Erfordernis durchgängiger Eigenhändigkeit vor allem Schutz vor einem Unterschieben gefälschter Testamente bezweckt, soll die Unterschrift Klarheit über die Verbindlichkeit des Geschriebenen schaffen. Es ist nicht ungewöhnlich, daß ein Erblasser mehrere Vorentwürfe anfertigt oder seine letzten Wünsche unverbindlich skizziert, bevor er die endgültige Fassung erstellt, diese durch seine Unterschrift von den bisherigen vorbereitenden Erklärungen abgrenzt und als rechtsverbindlich anerkennt. Nicht nur im Erbrecht, auch im übrigen Rechtsverkehr wird in der Regel bei rechtlich bedeutsamen Erklärungen handschriftliche Zeichnung durch denjenigen gefordert, der für die Erklärung einstehen soll [231].

Nach Ansicht des LG München weiß selbst der juristische Laie,daß wichtige Erklärungen einer Unterschrift bedürfen; erst diese stelle nach allgemeiner Anschauung das äußere Zeichen dafür dar, daß der Erklärende die Verantwortung für die Niederschrift übernimmt [232]. In gleicher Richtung argumentiert das OLG Köln: Die allgemeine Verkehrsanschauung verbinde die Rechtsverbindlichkeit einer Erklärung mit der ordnungsgemäß vollzogenen Unterschrift [233].

Wie aber hat die Unterschrift auszusehen? In den ersten Jahren nach der Einführung des Bürgerlichen Gesetzbuches war diese Frage weitgehend unstreitig: Unterschrift bedeutete Unterzeichnung mit dem Familiennamen. Ausnahmen gab es nur wenige. Bei "Erlauchten Personen" sowie hohen Kirchenfürsten genügte der bloße Vornamen; wer wie einige Schauspieler oder Schriftsteller einen angenommenen Namen dauernd führte, konnte auch diesen benutzen [234].

Schwierigkeiten aus dieser ganz selbstverständlichen Regel entstanden erst, als sich die Rechtsprechung entschloß, unter besonders sorgfältiger Prüfung des animus testandi [235] die sogenannten Brieftestamente zuzulassen, sofern sie den formellen Voraussetzungen des damaligen § 2231 Nr. 2 BGB entsprachen [236]. Viele dieser Testamente waren nur mit Vor- oder Kosenamen unterschrieben, was ja im Briefverkehr zwischen sich Nahestehenden nichts Ungewöhnliches ist. So fanden sich Unterschriften wie "Eure treue Schwester Pauline" [237], "Deine Ola" [238], "Dein treuer Fritz" [239], "Tunni Eitopp" [240], "Eure treue Mutter"[241].

Folgerichtig aus der grundsätzlichen Zulassung von Brieftestamenten lockerte die Rechtsprechung ihre Anforderungen [242]; der Gesetzgeber trug der geänderten Rechtswirklichkeit bei der Neufassung des § 2231 Nr. 2 BGB aF durch § 21 TestG Rechnung. Seitdem wird nur noch durch eine Sollvorschrift Unterzeichnung

mit Vor- und Familiennamen angeregt. Nach der Wiedereingliederung des Testamentsgesetzes in das Bürgerliche Gesetzbuch heißt es nunmehr in Absatz 3 des § 2247 BGB, vergleichbar mit Absatz 2, in dem die Angabe von Ort und Zeit der Niederschrift der Erklärung ebenfalls zur bloßen Sollvorschrift degradiert wird:

> "Die Unterschrift soll den Vornamen und den Familiennamen des Erblassers enthalten. Unterschreibt der Erblasser in anderer Weise und reicht diese Unterzeichnung zur Feststellung der Urheberschaft des Erblassers und der Ernstlichkeit seiner Erklärung aus, so steht eine solche Unterzeichnung der Gültigkeit des Testaments nicht entgegen."

1. Initialen

Bei so geändertem Gesetzeswortlaut ist nicht ganz verständlich, warum in der amtlichen Begründung zum Testamentsgesetz [243] und weitgehend heute noch Unterzeichnung mit den Anfangsbuchstaben des Namens als grundsätzlich unzulässig abgelehnt wird [244]. Wenn Kosenamen zugelassen werden, aus denen ein Unbeteiligter überhaupt nicht mehr auf die Identität des Unterzeichners schließen kann, fragt sich, warum Initialen nicht gleichfalls ausreichen sollen. Mindestens ebenso klar wie bei anderen als gültig anerkannten Unterschriften bekennt sich der Verfasser zu dem von ihm Geschriebenen und bringt zum Ausdruck, daß die Niederschrift abgeschlossen ist. Akzeptable Gründe gegen die Anerkennung der Anfangsbuchstaben kann m.E. nur der vorbringen, der insgesamt gegen die Erleichterungen Stellung nimmt, welche § 2247 Abs. 3 BGB bezüglich der Unterschrift gewährt [244*]. Ohnehin hielt der Bundesgerichtshof in einer Entscheidung über die Gültigkeit eines Beglaubigungsvermerks sogar eine unleserliche Unterschrift für ausreichend. Er erachtete Lesbarkeit des Namenszuges nicht als erforderlich; vielmehr genügte ihm ein "individueller Schriftzug

mit charakteristischen Merkmalen", dessen Schriftbild so beschaffen sein muß, "daß es noch charakteristische Merkmale einer Unterschrift enthält" [245]. Wenn nur noch individuelle Schnörkel gefordert werden, müssen auch Initialen genügen.

Ein anderes Problem, das jedoch in gleicher Weise bei Vor- bzw. Kosenamen oder der Bezeichnung nur mit der Familienstellung entsteht, ist die Frage des Testierwillens. Dieser müßte wie bei Brieftestamenten in jedem Einzelfall sorgfältig geprüft werden. Auch heute noch gilt das Abfassen eines Testaments ganz überwiegend als wichtiges und bedeutendes Geschäft, dem man zumindest die gleiche Sorgfalt zukommen läßt wie Geschäften unter Lebenden. Wenn ein Testator zu Lebzeiten nicht üblicherweise mit Initialen zeichnete, ist kaum anzunehmen, daß er gerade bei der Niederlegung des letzten Willens zu dieser abgekürzten Form gegriffen hat; dann spricht alles für einen noch nicht wirksamen Entwurf [246].

2. Stellung der Unterschrift

Wie ausgeführt, bekennt sich der Erblasser mit seiner Unterschrift zu dem von ihm Geschriebenen und gibt zu erkennen, daß das Testament abgeschlossen sein soll. Daher findet sie sich regelmäßig am Ende des handgeschriebenen Textes [247]. Schon bei unbefangener Deutung des Wortlauts liegt es nahe, Unterschriften "unter" einem Schriftstück zu erwarten.

Fraglich ist jedoch, ob die regelmäßig vorgefundene Stellung des Namenszuges eine conditio sine qua non zur Erfüllung des Formerfordernisses Unterschrift bedeutet. Wenn man auf den Sinn abstellt, Feststellung der Identität und abschließendes Bekenntnis zum Text, scheint eine Interpretation ausschließlich vom Wortlaut her nicht zwingend geboten. Jedenfalls ist zu prüfen, ob Ausnahmen vom genannten Regel-

fall möglich sind, d.h. ob und gegebenenfalls wann unter das Merkmal unterschrieben noch Namenszeichnungen subsumiert werden können, die an anderer als der üblichen Stelle stehen.

Zur Verdeutlichung des Problems kann eine Entscheidung des Reichsgerichts dienen. Die 1910 verstorbene Witwe de la Gr. hatte ihren letzten Willen so zu Papier gebracht, daß die Schriftzüge die Vorderseite des Blattes vollständig bedeckten und darunter kein freier Raum mehr blieb. Daher schrieb sie ihren Namen quer über die Niederschrift. Der Einwand gesetzlicher Erben, das sei keine Unterschrift im Sinne des § 2231 Nr. 2 BGB aF, wurde von allen Instanzen zurückgewiesen [248].

Diese Entscheidung des Reichsgerichts hat Zustimmung gefunden [249]; später äußerte sogar das Bayerische Oberste Landesgericht die Auffassung, ein Namenszug quer zum Geschriebenen am Rand genüge [250]. Weil trotz der unüblichen Stellung des Namenszuges die Funktionen des Merkmals Unterschrift erfüllt waren, wurde Unterschrift im Sinne des § 2247 BGB umfassender dahingehend definiert, daß ausreichend jeder Namenszug ist, der nach der Verkehrsanschauung den Text räumlich abschließend deckt. Diese Definition hat sich durchgesetzt und ist heute uneingeschränkt herrschend [251]. Flexibel genug, um wie in dem Reichsgerichts-Fall zu einer dem Sinn der Vorschrift entsprechenden Lösung zu führen, gibt sie das Tatbestandsmerkmal Unterschrift als solches dennoch nicht auf.

Natürlich besteht wie bei jeder freieren Auslegung die Gefahr, sich als Folge des Verzichts auf eine auch vom Wortlaut her klar abgegrenzte Begriffsbestimmung unmerklich immer weiter vom Gesetz zu entfernen. Man kann es Parteien nicht verdenken, wenn

sie ein vermeintliches Zurückweichen der Rechtsprechung nutzen wollen und den Versuch unternehmen, diese Definition in der Praxis auf Dauer so weit zu entwerten, daß im Ergebnis jede Namensnennung, die eine irgendwie geartete Beziehung zum Testament aufweist, noch wirksame Unterschrift wäre.

Als Beispiel sei das Testament der Frau I.Th. geb. K. genannt, mit dem sich das OLG Köln zu befassen hatte. Frau Th. hatte oben links ihren Vor- und Zunamen, oben rechts ihre Anschrift vermerkt und den Text mit den Worten eingeleitet: "Testament der am Ende unterzeichneten Frau I... Th... geb. K... ". Gegen Ende wurden die auf einem einzelnen Blatt enthaltenen letztwilligen Anordnungen immer enger geschrieben, die angekündigte Unterzeichnung blieb aus [252].

Unter Berufung auf die oben geschilderte Entscheidung des Reichsgerichts bezüglich des Testaments der Witwe de la Gr. meinte der Bedachte, wenn schon die Selbstbenennung eingangs der Verfügungen nicht ausreiche, sei jedenfalls der oben links angebrachte Vor- und Zuname als gültige Unterschrift zu werten. Es könne keinen Unterschied machen, ob ein Name wegen Platzmangels quer über den Text oder auf eine noch freie Stelle oben auf das Blatt gesetzt werde [253]. Das Oberlandesgericht stimmte dem als an sich richtig zu, führte dann aber aus, das vorgelegte Schriftstück könne nicht mit Sicherheit als abgeschlossen angesehen werden; im übrigen sprächen die äußeren Umstände für einen Briefkopf, nicht für eine Unterschrift [254].

Eine vergleichbare Problematik findet sich bei der Unterzeichnung einer Klageschrift, im folgenden Fall vor der Finanzgerichtsbarkeit. Die betreffende Klage bestand aus drei maschinengeschriebenen Bögen.

Auf der ersten Seite waren u.a. die Beteiligten nach Namen, Wohnort und Stellung im Verfahren bezeichnet; auf diese Seite hatte die Klägerin direkt unter die Bezeichnung der klagenden Partei eigenhändig ihren Namen gesetzt, während dieser am Schluß nur noch maschinenschriftlich wiederholt wurde. Trotz der klägerischen Beteuerung, das sei in Österreich so üblich, wurde die Klage vom Bundesfinanzhof wegen fehlender Unterschrift als unzulässig abgewiesen[255].

Wenn auch beide Ergebnisse bedauerlich sind, so ist doch den jeweiligen Gerichten zuzugeben, daß sie vom Gesetz her geboten waren. Zwar besteht, um die Problematik wieder auf das eigenhändige Testament zu begrenzen, kein Zweifel, daß das formnichtige Blatt Papier den letzten Willen von Frau Th. zutreffend wiedergibt; das reicht jedoch nicht aus, um nach geltendem Recht ein wirksames Testament zu bejahen:

Definieren Rechtsprechung und Lehre schon in restriktiver Auslegung des Gesetzeswortlauts Unterschrift im Sinne des § 2247 BGB als Namenszug bzw. sonst durch Abs. 3 der Vorschrift erlaubte Bezeichnung, die nach der Verkehrsanschauung den Text einer Erklärung abschließend deckt, muß bei aller gebotenen sinngemäßen Auslegung letzteres jedenfalls eindeutig feststehen. Ohnehin erfordern Testamente, bei denen der Erblasser seine Unterschrift auf vom Regelfall abweichende Weise leistet, eine besonders sorgfältige Prüfung ihrer Verbindlichkeit [256]. Fehlt es an einem sich aus der Urkunde ergebenden besonderen Grund für ein solches Abweichen, ist von einem bloßen Entwurf auszugehen.

Insoweit muß man der Rechtsprechung zugestehen, daß sie bisher die Gefahren aus der weiten Definition gesehen und eine völlige Entleerung des Erfordernisses Unterschrift vermieden hat. Welche Folgen die neueste

257

Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 20. März 1974 auf die weitere Entwicklung haben wird, ist zur Zeit noch nicht abzusehen. Auf diese Entscheidung soll im einzelnen bei dem Kapitel Nachträge und Ergänzungen eingegangen werden [257]*.

a. Selbstbenennung

Einen ersten Spezialfall bildet die sog. Selbstbenennung, mit der sich manche Erblasser eingangs des Testaments namentlich vorstellen, oftmals unter Zusatz des Wohnorts und Berufs. Diese Verfügungen beginnen regelmäßig mit einer der von Heinrich Lange leicht ironisierend "imperatorische Einleitung" [258] genannten Formeln: "Ich, NN..."

Bei fehlendem Namensabschluß hat die Rechtsprechung seit Einführung des Bürgerlichen Gesetzbuches immer wieder solche Testamente als dem Erfordernis Unterschrift nicht genügend verworfen [259]. Dies geschah ohne Rücksicht darauf, ob durch die Selbstbenennung die Identität der testierenden Person und durch einen Schlußvermerk wie "B., den 21. September 1951" [260] der Abschluß der Verfügung klar wurden.

Eine Ausnahme bildet lediglich ein Beschluß des Kammergerichts [261], dem die Landgerichte Berlin und Hamburg in zwei kurz darauf ergangenen Entscheidungen gefolgt sind [262]. Die abweichende Auffassung des Kammergerichts stützte sich vor allem auf den Vorspruch des damals gerade ergangenen Testamentsgesetzes, der lautet:

> "Ziel des Erbrechts ist es, überkommenes wie zugewonnenes Gut des Erblassers weiter zu leiten und über seinen Tod hinaus wirken zu lassen zum Wohle von Familie, Sippe und Volk. In der Hand eines verantwortungsbewußten Erblassers dienen diesem Ziel auch Testament und Erbvertrag. Die Anforderungen an die Errichtung oder Auf-

> hebung einer Verfügung von Todes wegen sind so zu gestalten, daß unnötige Formstrenge vermieden, andererseits eine zuverlässige Wiedergabe des Willens des Erblassers sichergestellt wird."

Diese Argumentation, die auf den Sinn, nicht auf den Wortlaut des Gesetzes abstellte, konnte sich jedoch nicht durchsetzen. Bald schon stellte das Reichsgericht klar, durch das neue Gesetz sei lediglich die Art, wie ein Erblasser zu unterschreiben habe, von strengem Formalismus befreit worden; die Unterschrift selbst als Abschluß der Erklärung werde weiterhin gefordert [263]. Durch neue und unter der Geltung des § 2247 BGB ergangene Entscheidungen wurde diese Auffassung bestätigt, sie kann heute als in der Rechtsprechung uneingeschränkt herrschend bezeichnet werden [264]. In seltener Einigkeit stimmt dem die Literatur zu [265].

De lege lata interessant [266] sind allenfalls noch Grenzfälle, in denen die Unterschrift zwar nicht das letzte Wort des Testators bildet, die Abschlußfunktion aber dennoch deutlich wird. Zur Veranschaulichung seien zwei Beispiele angeführt, in denen die Rechtsprechung jeweils Gültigkeit bejaht hat: "Dies bestimmt der Ackerbürger Friedrich August L. in Brück, den 13. Dezember 1901, Hauptstraße Nr. 51" [267] sowie "Ich, der Ehemann X, habe dieses Testament eigenhändig geschrieben und unterschrieben. Y, den 10. November 1953" [268].

Beiden Entscheidungen ist zuzustimmen. Zwar liegen gewisse Anklänge an Selbstbenennungen vor; das schließt aber das Merkmal Unterschrift dann nicht aus, wenn die Selbstvorstellung erst nach Niederlegung der vom Erblasser getroffenen Verfügungen erfolgt, den vorangegangenen Text deckt und sich äußerlich als Abschluß des letzten

Willens darstellt. Unter diesen Voraussetzungen ist es unschädlich, wenn die Unterschrift nicht isoliert, sondern eingebettet in einen abschließenden Satz erfolgt, wobei sich die Schwerfälligkeit der von den jeweiligen Erblassern gewählten Form wohl daraus erklärt, daß sie unter dem Eindruck einer gewissen Bedeutung und Feierlichkeit der Errichtungshandlung die Festigkeit ihres letzten Willens besonders nachdrücklich zum Ausdruck bringen wollten.

b. Briefumschläge bzw. Postkarten

Einen weiteren Spezialfall der räumlichen Anordnung bildet die Unterschrift auf Postkarten und Briefumschlägen. Gerade bei Briefen ist in letzter Zeit unsicher geworden, wann ein eigenhändiger Namenszug auf dem Umschlag als die inneliegenden Blätter abschließende Unterschrift gelten kann. Hierbei empfiehlt es sich zu differenzieren, ob die Namensnennung in Form eines Absendervermerks erfolgte - sog. Brieftestamente, die in den normalen Postgang gegeben wurden -, oder ob der Name sich als Aufschrift auf Briefumschlägen findet, die lediglich als äußere Hülle zur Aufbewahrung der umschlossenen Blätter dienen sollten.

aa. Absendervermerk bei Beförderung durch die Post

Bezüglich der ersten Alternative zeigt sich besonders deutlich, auf welche Spitzfindigkeiten zuweilen wohlmeinende Gerichte bei der Interpretation von Formvorschriften verfallen, wenn sie verhindern wollen, daß diese dem gewünschten Ergebnis im Wege stehen.

So lag dem Kammergericht ein Brief des verstorbenen Anton S. an seinen Bruder Josef S. vor, in dem Anton S. den minderjährigen Sohn des Bruders zum Erben einsetzte. Das von der Post zugestellte Schreiben enthielt weder

Datum noch Unterschrift. Lediglich auf der Rückseite des Briefumschlags stand handgeschrieben: "Anton S..." mit Zusatz der Ortsangabe [269].

Während die Vorinstanzen den von Josef S. für seinen Sohn beantragten Erbschein nicht erteilten, gab das Kammergericht der weiteren Beschwerde statt. Abweichend von einer im Vorjahr ergangenen Entscheidung des OLG München [270] führte es aus:

> "...bringt die Namensunterschrift auf dem Briefumschlag, obwohl sie in erster Linie für die Postbehörde bestimmt ist, mindestens dann, wenn - wie hier - das einliegende Schriftstück selbst keine Unterschrift trägt und doch keinen Zweifel an der Ernstlichkeit und Endgültigkeit seines Inhalts aufkommen läßt, weiter zum Ausdruck, daß der Schreiber sich dem Empfänger gegenüber zu diesem Inhalt bekennt." [271]

Obgleich das Kammergericht also nicht umhin kam zuzugeben, daß Absendervermerke postalischen Zwecken dienen, erklärte es, der vorliegende Vermerk sei zwar "in erster Linie"für die Post bestimmt, aber auch als an den Empfänger gerichtet anzusehen. Der Grund für diese Funktionserweiterung des Absendervermerks ergibt sich aus obigem Zitat. Weil keine Zweifel an der Ernsthaftigkeit und Endgültigkeit des Inhalts bestehen, darf die fehlende Unterschrift unter dem Text im Ergebnis keine Bedeutung haben; das Versehen des Anton S. muß ohne Folgen bleiben. Und zur Beruhigung der Parteien und interessierter Leser wird versichert, der kurz zuvor vom OLG München entschiedene Fall sei vom Sachverhalt her "etwas anders" gelagert gewesen, da dort der Briefinhalt selbst schon die - allerdings damals nicht ausreichende - Unterschrift "Eure Euch liebende Mutter" aufgewiesen hätte [272].

Ob die Betroffenen wohl verstanden haben, daß ein Brief ohne Unterschrift am Ende des Textes rechtliche Geltung erlangte, ein nur unzulänglich unterschriebener hingegen nicht?

Ohnehin ist die Entscheidungserheblichkeit des vom Kammergericht entdeckten Unterschieds zum Sachverhalt des OLG München um so erstaunlicher, als derselbe Senat dem zwei Jahre vorher noch keine Bedeutung zugemessen hatte. Folgender Fall lag vor: Der kurz darauf verstorbene Elektromeister Hermann N. hatte aus dem Krankenhaus seinem Sohn Walter eine Postkarte geschickt und ihn auf der Textseite zum Erben eingesetzt. Diese Erklärung schloß mit den Worten "Euer Vater". Auf der Anschriftenseite stand neben dem vorgedruckten Teil des Absendervermerks handgeschrieben: "H. N..., H., Krankenhaus St. Georg". [273]

Im Anschluß an die Vorinstanzen lehnte das Kammergericht den Vermerk "Euer Vater" als § 2231 Nr. 2 BGB aF nicht genügende Unterschrift ab, sah dieses Erfordernis jedoch in dem Absendervermerk erfüllt. Wenn der entscheidungserhebliche Unterschied zum Sachverhalt des OLG München tatsächlich in dem "Eure Euch liebende Mutter" gelegen hätte, hätte das "Euer Vater" ebenfalls zur Nichtigkeit des letzten Willens führen müssen.

Diese Rechtsprechung ist so inkonsequent, wie die gefällten Entscheidungen vom Ergebnis her wünschenswert gewesen sein mögen. Dennoch hat - nicht recht verständlich - in der Literatur die Entscheidung des Kammergerichts bezüglich der Postkarte auch bei solchen Autoren Gefolgschaft gefunden, die die Entscheidung bezüglich des Briefumschlags ablehnen [274].

Nach der Verkehrsanschauung beschließt ein Absendervermerk auf Briefen und Postkarten nicht den geschriebenen Text, sondern dient ausschließlich postalischen Zwecken. Dem entspricht, daß aus Höflichkeit gegenüber dem Empfänger die Unterschrift unter dem Text handschriftlich erfolgt, wohingegen der für den Postbetrieb erforderliche Absendervermerk im Geschäfts-

und Behördenbetrieb wie auch weitgehend im Verkehr zwischen Privatpersonen maschinengeschrieben oder vorgedruckt ist. So erklärt sich die Praxis, Briefumschläge nicht aufzuheben und nur den Inhalt zu den Akten zu nehmen bzw. sonstwie aufzubewahren. Obwohl bei Postkarten die schon äußerliche Trennung von Inhalt und Umschlag nicht gegeben ist, besteht auch dort der Funktionsunterschied zwischen Absendervermerk und Unterschrift in gleicher Weise wie bei Briefen.

Somit erfüllen im Ergebnis Absendervermerke sowohl auf Briefumschlägen wie auf Postkarten nicht das Erfordernis Unterschrift des § 2247 Abs. 1 BGB. Allerdings dürfte die Relevanz dieser Feststellung dadurch geringer werden, daß seit dem Testamentsgesetz kein Unterschreiben mit dem Familiennamen mehr erforderlich ist. In zwei der drei aufgeführten Fälle wies der Text ja Unterschriften auf, sie genügten nur nicht den damaligen strengeren Anforderungen. Bezüglich des Briefs des Anton S. [275] dagegen ist selbst nach dem heutigen Gesetzeswortlaut festzustellen, daß kein gültiges Testament vorlag.

bb. Aufschrift auf nicht zur Versendung bestimmten Briefumschlägen

Von größerer Bedeutung und aktueller als die gerade genannten Beispiele sind die Fälle, in denen eigenhändig gefertigte letztwillige Verfügungen in einem nicht für den Postverkehr bestimmten Umschlag aufbewahrt werden und sich nur auf diesem eine handschriftliche Namenszeichnung des Erblassers findet.

Hier differenziert die Rechtsprechung bereits seit dem Reichsgericht danach, ob die Umschlagsunterschrift Fortsetzung und Abschluß der inneliegenden Blätter darstellt oder nicht. Im ersteren

Fall wird eine wirksame Unterschrift und damit ein formgültiges Testament bejaht; liegt nur ein Hinweis auf den Inhalt des Umschlags vor, sind die Voraussetzungen für ein eigenhändiges Testament nicht erfüllt [276]. Was jeweils gegeben ist, bleibt Tatfrage; eben weil schon seit dem Reichsgericht auf die Umstände des Einzelfalls abgestellt wird, hat sich der Bundesgerichtshof in seinem einzigen einschlägigen Beschluß der sachlichen Wertung enthalten und auf die Feststellung beschränkt, das Oberlandesgericht könne die Frage ohne Vorlage im Einzelfall selbst entscheiden [277].

Die Literatur folgt fast uneingeschränkt dieser Rechtsprechung und begnügt sich in der Regel damit, deren Entscheidungen zustimmend zu zitieren [278]. Lediglich bei Kipp-Coing findet sich eine generelle Ablehnung der Umschlagsunterschrift als nicht ausreichend; die knappe Begründung, daß in solchen Fällen eine die Urkunde abschließende Unterschrift fehle [279], ist jedoch zu allgemein, um eine überzeugende Gegenposition darzustellen.

Der herrschenden Auffassung soll nicht bestritten werden, daß grundsätzlich Umschlag und Inhalt eine einheitliche Urkunde bilden können, mithin Namenszeichnung auf dem Umschlag Fortsetzung und Abschluß der darin enthaltenen Verfügungen sein kann. Denkbar ist, daß ein Erblasser zum Beispiel aus Mangel an Papier die Niederschrift seines letzten Willens auf dem Umschlag zu Ende führt und folgerichtig dort unterschreibt [280]. In diesem Fall bestünden keine Bedenken, ein wirksames Testament zu bejahen. Ebenso wenig wie bei umfangreichen Erklärungen jedes Blatt oder sogar jede Seite einzeln unterschrieben sein muß [281], wäre hier eine zusätzliche Unterschrift auf den inneliegenden Blättern erforderlich; der Zusammenhang von Inhalt und Umschlag ergäbe sich

aus dem fortlaufenden Text.

Gerade weil diese Konstellation evident unproblematisch ist, ist sie, soweit ersichtlich, in der Praxis noch nicht relevant geworden. Vor die Gerichte gelangen Streitfälle, in denen die inneliegenden Blätter den letzten Willen abschließend darlegen und sich auf dem Umschlag nur noch der Name findet, zumeist mit erläuternden Zusätzen: "Mein letzter Wille"[282], "Hierin befindet sich mein Testament" [283], "Voilà mon testament, on l'ouvrira, quand je serai mort" [284].

So lag dem OLG Frankfurt bei einem Beschluß vom 14. Juni 1971 ein Testament vor, welches sich ohne Unterschrift auf den inneliegenden Blättern in einem verschlossenen Umschlag mit folgender Aufschrift befand: "Mein letzter Wille Anna A. geb. J." [285]

Beide Vorinstanzen hatten die Formerfordernisse des § 2247 BGB als nicht erfüllt bezeichnet. Auch der Senat gestand zu, daß Rechtsprechung und Literatur ausführlich und zutreffend wiedergegeben waren und daß bei ähnlichen Sachverhalten, die gründlich belegt werden, bloße Namenszeichnung auf dem Umschlag nicht als ausreichende Unterschrift des Testaments gewertet worden sei [286]. Dann allerdings folgte die überraschende Kehrtwendung: Das Oberlandesgericht bejahte dennoch im vorliegenden Fall eine wirksame Unterschrift entgegen der Feststellung des Landgerichts, die Umschlagsunterschrift sei nicht Abschluß des Testaments.

Das für eine Rechtsbeschwerdeinstanz unerwartete Vorgehen wird mit der Einführung einer neuen Beweisregel gerechtfertigt: Im Zweifel spreche eine Vermutung für den Testiercharakter der Umschlagsunterschrift [287]. Diese Beweisregel sei eine Rechtsregel und somit auch in der Rechtsbeschwerdeinstanz erst-

malig anwendbar; mit ihrer Hilfe könne der Senat ohne Rückverweisung aus den vom Landgericht festgestellten Tatsachen selbst subsumieren, daß der Vermerk auf dem Umschlag als Fortsetzung und Abschluß der Testamentserrichtung anzusehen sei, ohne damit in unzulässiger Weise eine tatrichterliche Würdigung zu korrigieren [288]. Und um die getroffene Entscheidung mit der breit dargestellten bisherigen Rechtsprechung zu harmonisieren, wird behauptet, der Vermerk "Mein letzter Wille Anna A. geb.J." enthalte nicht lediglich die bloße Anweisung, mit dem Inhalt in bestimmter Weise zu verfahren, oder solle nicht nur den Inhalt des Umschlags bezeichnen. Darin bestehe der Unterschied zu den Fällen, in denen Gültigkeit verneint wurde, wie zum Beispiel bei der Aufschrift "Hierin befindet sich mein Testament" [289]. Bei solchen Sachverhalten habe der Umschlagsvermerk selbständige Bedeutung und vollende nicht wie im vorliegenden Verfahren den Inhalt [290].

Diesem Ergebnis und dieser Argumentation soll ein nur wenig später ergangener Beschluß des OLG Düsseldorf vom 8. November 1971 entgegengestellt werden, bei dem Düsseldorf, wie sich aus den Gründen ergibt, von der Frankfurter Entscheidung Kenntnis hatte. Hier lautete die Aufschrift: "Testament. Nach meinem Tode unter Zeugen zu öffnen. F. Th.". Der inneliegende Text beginnt mit einer Selbstbenennung: "Ich F.Th."; er schließt mit: "Eigenhändig geschrieben am 24. 4. 1968 " [291].

Zunächst stellt der Senat eingangs des veröffentlichten Auszugs fest, daß von einer Unterschrift im Sinne des § 2247 BGB nur gesprochen werden könne, wenn ein auch räumlicher Abschluß der Verfügungen vorhanden sei. Daran müsse aus Gründen der Rechtssicherheit selbst dann festgehalten werden, wenn wegen der Selbstbenennung keinerlei Zweifel an der Identität des Verfassers bestünden. Es folgt eine

ebenfalls umfangreiche Zusammenstellung einschlägiger, zumeist Gültigkeit verneinender Entscheidungen, bevor mit der Vorinstanz das Testament mangels wirksamer Unterschrift verworfen wird. Bedenken beim Leser wegen des gerade veröffentlichten Beschlusses des OLG Frankfurt versucht man mit der Behauptung zu zerstreuen, der dortige Sachverhalt unterscheide sich "in wesentlichen Punkten" von dem hier gegebenen [292]. (Zu dieser Ausflucht griff, wie oben ausgeführt [293], bereits das Kammergericht. Nur ungern gestehen Gerichte zu, daß Rechtsprechung nicht immer einheitlich und kontinuierlich sei.) Anders als im dortigen Fall decke die Unterschrift des F. Th. nur die darüber stehende zusätzliche Anweisung "Nach meinem Tode zu öffnen", nicht aber die inneliegende und nicht gesondert unterschriebene Erklärung.

Diese Beschlüsse sind in ihren Gründen so unbefriedigend wie in ihren Ergebnissen unberechenbar. Wie sich zeigte, hilft die aus dem eingangs gebildeten Beispiel gewonnene Erkenntnis einer grundsätzlich möglichen Einheit von Umschlag und Inhalt in den streitigen Fällen nicht weiter. Die als wesentlich bezeichneten Kriterien, Fortsetzung und Abschluß der Erklärung bzw. bloße Inhaltsangabe oder Bekräftigung zusätzlicher Anweisungen auf dem Umschlag, taugen zur Entscheidung nicht. Sie sind Vorwände und verschleiern lediglich die wirklich ausschlaggebenden Überlegungen bei dem jeweiligen Spruch. Auf die sich logisch anschließende Frage nach Anhaltspunkten in den betreffenden Testamenten für die maßgeblichen Kriterien gibt es bis heute keine befriedigende Antwort. Wenn das OLG Frankfurt meint, aus der Aufschrift "Hierin befindet sich mein Testament" [294] auf eine bloße Inhaltsangabe schließen zu können, die im Gegensatz stehe zu dem in seinem Fall maßgeblichen Vermerk "Mein letzter Wille", der Fortsetzung und Abschluß der inneliegenden Erklärung bilde, ist das nicht mehr

als eine bloße Behauptung. Solange keine Maßstäbe zu Nachvollzug und Überprüfung dieser Behauptung genannt werden, mag man sie glauben oder nicht.

Die Rechtsprechung hat sich in eine Kasuistik verrannt, deren Ergebnisse nicht mehr zu harmonisieren und deren entscheidungserhebliche Gründe nicht mehr einsichtig zu machen sind. Wer die Aufschriften "Mein letzter Wille Anna A. geb. J." und "Testament. Nach meinem Tode unter Zeugen zu öffnen. F. Th." gegenüberstellt und die unterschiedlichen Ergebnisse der Oberlandesgerichte Frankfurt und Düsseldorf betrachtet, findet in § 2247 BGB schwerlich noch einen Anhalt für die vorgenommenen Differenzierungen. Ob eine Aufschrift bloße Bezeichnung (ungültig) oder Fortsetzung (gültig) des Inhalts sein wird, ist vor dem Spruch der letztzuständigen Instanz nicht mehr voraussehbar. Die Art und Weise, mit der der Bundesgerichtshof auf die Umstände des Einzelfalls abstellt [295], schließt jede rationale Überprüfung aus. Folge dieser auf Einzelfallentscheidungen ausweichenden Rechtsprechung ist, daß bis heute trotz des seit Jahrzehnten gleichliegenden Problems kein Anwalt seiner Partei ruhigen Gewissens eine einigermaßen sichere Prognose über den Ausgang eines möglichen Prozesses geben kann. Als Faustregel mag allenfalls gelten: Je weniger Text auf dem Umschlag, desto besser die Chancen für Bejahung der Wirksamkeit.

Vielleicht gibt es bald schon eine Entscheidung, in der es eingedenk des Auswegs bei den Absendervermerken heißt: Zwar diente die Unterschrift auf dem Umschlag in erster Linie der Bekräftigung einer dort stehenden Anweisung bzw. sollte in erster Linie den Inhalt bezeichnen, in zweiter Linie war aber auch der Abschluß der inneliegenden Erklärung gewollt.

Der einzige Weg, wieder zu einer klaren Linie und zu einer befriedigenden Lösung zu gelangen, ist die

Rückbesinnung auf das Gesetz, das in § 2247 Abs.1 BGB eigenhändig geschriebene und unterschriebene Erklärung fordert. Wenn auch Unterschriften, wie sich bereits gezeigt hat [296], nicht in jedem Fall "unter" einer Erklärung stehen müssen, ist doch festzuhalten, daß das Gesetz Feststellung der Identität des Schreibers und Bekenntnis dieses Schreibers zu dem von ihm Geschriebenen durch räumlich abschließende Zeichnung seines Namens bzw. einer nach § 2247 Abs. 3, S. 2 BGB möglichen Bezeichnung fordert.

Ein räumlicher Bezug zum Text besteht jedoch dann nicht, wenn die inneliegenden Erklärungen den letzten Willen vollständig wiedergeben und nicht auf dem Umschlag, die Unterschrift ausgeklammert, fortgeführt werden. Der Bezug der Umschlagsunterschrift zum Inhalt ist in diesem Fall nur lose und kann jederzeit durch Austausch der Blätter zerstört werden. Weiter kann die Umschlagsunterschrift nicht mit gleicher Sicherheit wie die "normale" Unterschrift gewährleisten, daß die Niederschrift abgeschlossen ist. Zwar mag dieses Minus oftmals durch sonstige Abschlußvermerke wie im Fall des OLG Düsseldorf durch die Zeitangabe der Errichtung oder durch Zukleben des Umschlags ausgeglichen werden; Bejahen oder Verneinen des Formerfordernisses Unterschrift dürfen jedoch nicht von solchen Faktoren abhängig gemacht werden. Es kommt nach geltendem Recht nicht darauf an, ob der Abschluß der Niederschrift überhaupt gesichert ist, sondern ob dies durch das Merkmal Unterschrift geschieht.

Als weiterer Gesichtspunkt sei auf die entgegengesetzte Verkehrsauffassung und den entgegengesetzten Sprachgebrauch hingewiesen. Aufschlußreich ist z.B. der Beschluß des OLG Frankfurt. Dort heißt es in den Gründen: "In dem Umschlag befand sich das handschriftliche, jedoch nicht unterschriebene Testament." [297] Nach den übrigen Ausführungen mußte man

erwarten, daß Inhalt und Umschlag zusammen als "das Testament" bezeichnet werden. Entweder ist bei dem Berichterstatter unbewußt das natürliche Sprachempfinden durchgebrochen, oder der Senat war sich sehr wohl im klaren darüber, daß "das Testament" nur aus den inneliegenden Blättern bestand, so daß "das Testament", das sprachlich vom Umschlag unterschieden wird, nicht unterschrieben ist. Die gleiche dem natürlichen Sprachempfinden entsprechende Unterscheidung zwischen Text und Umschlag findet sich im übrigen auch im österreichischen Recht. Nach § 579 S. 3 ABGB müssen "...die Zeugen, inwendig oder von außen, immer aber auf der Urkunde selbst und nicht etwa auf einem Umschlag, ...unterschreiben." [297]

Weiterhin spricht § 35 Beurkundungsgesetzt dafür, daß Unterschrift auf dem Umschlag nicht Unterschrift des Inhalts ist. Nachdem vor der Gesetzesänderung das OLG Hamm [298] und der Bundesgerichtshof [299] entschieden hatten, daß die Namenszeichnung des Notars auf dem Umschlag die Unterschrift unter der Niederschrift nicht ersetzen könne, lautet nunmehr § 35 BeurkG, der im bisherigen Recht ohne Parallele ist [300]:

> "Hat der Notar die Niederschrift über die Errichtung einer Verfügung von Todes wegen nicht unterschrieben, so ist die Beurkundung aus diesem Grunde nicht unwirksam, wenn er die Aufschrift auf dem verschlossenen Umschlag unterschrieben hat."

Hier findet sich für das öffentliche Testament eine Sonderregelung, die gerade in ihrem Charakter als Ausnahmevorschrift deutlich macht, daß ansonsten letztwillige Verfügungen, die vom Notar lediglich auf dem (verschlossenen!) Umschlag unterschrieben sind, unwirksam wären.

Da sich eine entsprechende Sondervorschrift bezüglich des eigenhändigen Testaments nicht finden läßt, ist daraus zu schließen, daß der Gesetzgeber die Umschlagsunterschrift nicht als wirksame Unterzeichnung des Inhalts ansieht. Es wäre wünschenswert,

wenn unter Berücksichtigung der systematischen, sprachlichen und teleologischen Argumente die Rechtsprechung wieder zu einer Auffassung zurückfinden würde, die gleichermaßen dem Achtungsanspruch des Gesetzes wie dem Bedürfnis des Rechtsverkehrs nach klaren und voraussehbaren Entscheidungen hinreichend Rechnung trägt.

c. Nachträgliche Zusätze und Abänderungen

Mit eigenhändiger Niederschrift des Textes und des Namens ist ein Testament zunächst abgeschlossen. Abschluß bedeutet jedoch keine Bestandsgarantie; nach § 2253 Abs. 1 BGB bindet die Errichtung eines Testaments den Erblasser nicht. Er ist frei, seine bisherige Meinung zu wechseln bzw. geänderten Umständen anzupassen und eine andere Vermögensaufteilung zu beschließen. Handelt es sich dabei um eine gänzlich andere Regelung als die zunächst getroffene, wird er eine neue Erklärung niederschreiben; insoweit ergeben sich wegen der §§ 2254, 2258 Abs. 1 BGB keine Probleme. Möglich ist jedoch auch, daß Abänderungen vorgenommen werden sollen, bei denen der Testator es nicht für nötig oder als überflüssige Mühe befindet, sämtliche Verfügungen erneut zu Papier zu bringen, zumal wenn sie umfangreicher sind.

Im letzteren Fall bieten sich zwei Wege an. Einmal kann der Erblasser das bisherige Testament in Form eines Nachtrags unter der Unterschrift bzw. auf einer gesonderten Urkunde auf den neuesten Stand bringen. Er kann aber auch die Niederschrift selbst abändern, indem er z.B. zwischen zwei Zeilen ein zusätzliches Vermächtnis einschiebt, hinterlassene Beträge erhöht bzw. verringert, gegebenenfalls sogar die Person seines Erben oder eines sonstwie Bedachten auswechselt.

In der Gültigkeit solcher nachträglichen Zusätze oder Abänderungen bestanden bisher feste Positionen

in Rechtsprechung und Lehre. Bezüglich von Nachträgen unter der Unterschrift des alten Textes oder auf einer anderen Urkunde herrschte Übereinstimmung: Redaktionelle Klarstellungen und Berichtigungen von Schreibfehlern konnten zur Auslegung herangezogen werden; falls Nachträge neue Verfügungen enthielten oder schon getroffene abänderten, bedurften sie zu ihrer Wirksamkeit einer gesonderten Unterschrift [301].

Differenzen gab es dagegen bei späteren Ergänzungen bzw. Abänderungen im Text selbst. Das Reichsgericht und ihm folgend die ältere Literatur verlangten auch hier grundsätzlich neue Unterschrift und Datierung, wenn es sich nicht um bloße Klarstellungen und Erläuterungen handelte [302]. Erneute Unterschrift fordern heute noch Helmut Coing und Hans Brox [303]; auch Heinrich Lange hält sie im Grunde für geboten, empfiehlt jedoch, das Unterschriftserfordernis gegen das Gesetz (!) fallen zu lassen [304].

Die Mehrheit der Literatur hat sich inzwischen von dieser Auslegung gelöst. Sie erklärt alles das zu gültigen Bestandteilen des letzten Willens, was räumlich von der Unterschrift gedeckt wird, gleichgültig, ob es bereits in der ursprünglichen Niederschrift enthalten war oder erst später hinzugefügt wurde [305]; da die Errichtung eines Testaments nicht in einem Zuge erfolgen müsse, komme es auf die zeitliche Reihenfolge der einzelnen Elemente nicht an [306]. Damit wurde der dogmatische Unterbau für ein Ergebnis geschaffen, das man anfangs mit einem schlichten Hinweis auf die gesellschaftliche Gepflogenheit [307] oder gar nicht [307*] begründet hatte. Seit sich die neuere Rechtsprechung dieser Auffassung angeschlossen hat [308], darf sie heute als herrschend bezeichnet werden, obwohl sie sich allenfalls noch verbal zur Abschlußfunktion der Unterschrift bekennt [309].

Einen eigenen Lösungsweg hat Klaus Georg Steden mit seiner 1971 gerade zu diesem Thema erschienenen

Dissertation beschritten. Aus der Überlegung heraus, daß eine Unterschrift nicht nur formal den Text abschließt, sondern der Erblasser damit die Verantwortung für das Geschriebene übernimmt, verlangt er erneute Unterschrift jedes Mal dann, wenn die geänderte Anordnung in ihrem Verantwortungsgehalt hinter der bereits testamentarisch übernommenen Verantwortung zurückbleibt [310]. Bisher konnte sich Steden damit jedoch nicht durchsetzen. Bedenklich erscheint, daß das Formerfordernis Unterschrift von dem unscharfen Begriff der übernommenen Verantwortung abhängig gemacht wird, der trotz der bei Steden aufgeführten Kriterien und Fallgruppen im Hinblick auf Rechtssicherheit und -klarheit weniger brauchbar erscheint als die bisher vertretenen Meinungen.

Allerdings sind die erwähnten festen Positionen in jüngster Zeit erschüttert worden. Der Bundesgerichtshof hat in seinem einschlägigen Urteil vom 20. März 1974 einen neuen Gesichtspunkt in die Diskussion gebracht. Dabei lag folgender Sachverhalt zugrunde: Frau Anna Sch. hatte sich für die von ihr gewünschte Nachlaßregelung einen Entwurf ihres Steuerberaters anfertigen lassen. Die Absätze I und II dieses Entwurfs schrieb sie eigenhändig auf einen gefalteten Doppelbogen vom Format Din A 5 ab, ließ dann aber bewußt ein in dem Entwurf folgendes Vorkaufsrecht weg. Daher übersah sie ein noch hinter dem weggelassenen Vorkaufsrecht stehendes Vermächtnis zugunsten ihres Enkels Johann. Die zunächst abgeschriebenen und unterzeichneten Absätze I und II stehen auf der Vorder- und der linken Innenseite des Doppelbogens; die rechte Innenseite und die Rückseite blieben anfangs leer. Später bemerkte die Erblasserin ihr Versehen. Da ihr der Abstand zwischen dem schon geschriebenen Text und der Unterschrift zu gering erschien, fügte sie in Höhe des auf der linken Innenseite befindlichen Textes das Vermächtnis zugunsten

des Enkels auf der rechten Innenseite hinzu. Das Vermächtnis weist keine erneute Unterschrift auf [311].

Bevor im folgenden die Auffassung des Bundesgerichtshofs dargestellt und kritisch beleuchtet wird, soll der Fall nach der bisher herrschenden Meinung gelöst werden. Dabei hängt die Entscheidung im wesentlichen von den tatsächlichen Feststellungen ab. Nach der Verkehrssitte naheliegend ist es, in dem späteren Vermächtnis auf der rechten Innenseite einen Nachtrag zu dem auf der linken Innenseite mit der Unterschrift abgeschlossenen Testament zu sehen. Da es sich bei dem Vermächtnis um eine selbständige neue Verfügung und nicht lediglich um die Erläuterung des bisherigen Textes handelt, hätte es einer eigenen Unterschrift bedurft. Also wäre es als Nachtrag unwirksam.

Wem dieses Ergebnis unbillig erscheint, und Billigkeit wichtiger ist als Rechtssicherheit, dem bietet sich statt der im folgenden dargestellten Korrektur an der Dogmatik eine Korrektur am Sachverhalt an. Da es sich um Innenseiten eines Doppelbogens handelt, wäre es möglich, sie nicht als zwei getrennte Seiten, sondern als einheitliche Seite, nämlich die Innenseite des Bogens, zu bezeichnen. Damit könnte man das Vermächtnis wie einen nachträglichen Einschub in den bisherigen Text behandeln und mit der herrschenden Meinung als von der schräg links unter ihm stehenden Unterschrift noch gedeckt für gültig erklären.

Diesen Ausweg über eine zwar bedenkliche, aber die Dogmatik unangetastet lassende Auslegung des Sachverhalts verschmähte jedoch der Bundesgerichtshof, wobei mangels genauerer Angaben nicht klar ist, ob ihm das durch die Feststellungen der Tatsacheninstanzen verwehrt war. Dennoch sprach er mit dem OLG München und gegen das Landgericht dem Enkel Johann

den streitigen Kommanditistenanteil zu und begründete sein Ergebnis wie folgt:

"Ergänzungen und Änderungen, die sich auf demselben Bogen oder Blatt befinden, auf dem auch das Testament niedergeschrieben ist, die aber von der Unterschrift des Erbl. räumlich gesehen nicht gedeckt werden, müssen grundsätzlich gleichfalls gesondert unterzeichnet werden. Sie werden jedoch dann von der auf dem Testament bereits befindlichen Unterschrift gedeckt, wenn die Auslegung des Testaments ergibt, daß sie von der vorhandenen Unterschrift nach dem Willen des Erbl. gedeckt sein sollen. Das trifft z.B. zu, wenn das Testament ohne die vorgenommenen Ergänzungen lückenhaft, unvollständig oder nicht durchführbar wäre, wenn der wirkliche Wille des Erbl. nur aus beiden vom Erbl. niedergeschriebenen Erklärungen ersichtlich wird. Um dies festzustellen, können, soweit dafür ein Anhaltspunkt in der vom Erbl. niedergeschriebenen und auch unterzeichneten Erklärung vorhanden ist, auch außerhalb der Urkunde liegende Umstände berücksichtigt werden.

Andere, auf demselben Blatt oder Boden befindliche Ergänzungen, die von der Unterschrift nicht voll gedeckt werden, brauchen nicht besonders unterzeichnet zu sein, wenn erwiesen ist, daß sie nach der Auffassung des Erbl. durch die auf dem Testament befindliche Unterschrift gedeckt sein sollten, und wenn das äußere Erscheinungsbild der Urkunde dem nicht entgegensteht." 312

Mit diesen Sätzen hat der Bundesgerichtshof das im Gesetz geforderte Merkmal unterschriebene Erklärung versubjektiviert. Daran ändert nichts, daß die Auffassung des Erblassers nur dann maßgeblich sein soll, wenn Ergänzungen "nicht voll", also jedenfalls ein wenig, von der Unterschrift gedeckt sind, und daß das äußere Erscheinungsbild der Urkunde dem nicht entgegenstehen darf. Entscheidend ist trotz der salvierenden Klauseln in den vor allem interessierenden Zweifelsfällen nicht mehr, ob die Unterschrift einen bestimmten Text objektiv räumlich abschließend deckt, sondern ob der Testator das subjektiv geglaubt hat.

Die angeführten nichtssagenden Formulierungen und die Aufgabe objektiver Tatbestandsmerkmale

dokumentieren nicht nur einen beklagenswert leichtfertigen Umgang mit dem Gesetz, der Bundesgerichtshof richtet darüber hinaus noch unübersehbaren Schaden in bezug auf Rechtssicherheit und -klarheit an. Abgesehen von den Schwierigkeiten, den Willen eines Verstorbenen exakt festzustellen, läßt sich ein Abstellen auf das subjektive Empfinden mit dem Gesetzeswortlaut nicht vereinbaren. Es ist einigermaßen neu, daß bei der rechtlichen Beurteilung nicht mehr entscheidet, ob eine gesetzliche Formvorschrift objektiv erfüllt wurde, sondern ob der Betreffende den guten Willen dazu hatte. Wenn der Gesetzgeber aus Gründen der Rechtssicherheit bestimmte Formen verlangt, kann es nicht darauf ankommen, ob der Form und damit der Rechtssicherheit Genüge getan werden sollte, sondern ob es getan wurde. Ebensowenig wie ein Erblasser selbst bestimmen kann, wann ein Testament eigenhändig im Sinne des § 2247 Abs. 1 BGB ist, kann er bestimmen, wann es unterschrieben ist. Ob der Bundesgerichtshof auch bereit ist, z.B. bei der Blindenschrift die Konsequenzen dahin zu ziehen, daß Blindenschrift zwar nicht "voll eigenhändig" ist, aber immerhin noch so eigenhändig, daß sie dann, wenn der Blinde sie für eigenhändig gehalten hat, gültig sein soll?

Um der billigen Lösung eines einzelnen Falles willen provoziert der Bundesgerichtshof eine Vielzahl überflüssiger Prozesse. Nach welchen Kriterien sollen sich in Zukunft Anwälte und Parteien darüber schlüssig werden, wann eine Unterschrift den Text voll, nicht voll oder gar nicht deckt? Wenn de lege lata bisher schon der herrschenden Meinung vorgeworfen werden mußte, daß sie sich nur noch verbal zur Abschlußfunktion der Unterschrift bekennt, hat der Bundesgerichtshof endgültig den Boden des Gesetzes verlassen. Ob Literatur und Rechtssprechung dieses Versubjektivieren eines Formerfordernisses

mitmachen werden, bleibt abzuwarten [312*]. Zu hoffen ist nur, daß die Entscheidung das bleibt, woraus sie ihre Motivation bezog: Einzelfall!

C. Überlegungen de lege ferenda

Wie bereits eingangs angemerkt, stellt sich die Frage nach der Zulassung des privatschriftlichen Testaments heute nicht mehr. Selbst wenn die vorangegangenen Ausführungen erneut gezeigt haben, daß Testieren ohne rechtskundige Beratung nicht problemlos ist - wobei Schwierigkeiten der Auslegung solcher zuweilen recht eigenwilligen Verfügungen nicht einmal zur Sprache kamen -, kann es nur darum gehen, dieses Rechtsinstitut fortzuentwickeln, nicht es auszumerzen. Selbst der Erbrechtsausschuß, der anfangs der damaligen Beratungen dazu tendierte, nur noch öffentliche Testamente zuzulassen, mußte einsehen, daß bei der weiten Verbreitung und großen Beliebtheit des privatschriftlichenTestaments in der Bevölkerung ein Wegfall rechtspolitisch nicht durchsetzbar gewesen wäre[313]. Auch darf nicht verkannt werden, daß die Perspektive dessen, der sich von Berufs wegen zumeist mit "kranken" Fällen zu befassen hat, verzerrt ist: Die hohe Zahl von eigenhändigen Testamenten, deren Abwicklung den Beteiligten keine besonderen Mühen aufgebürdet und zur großen Beliebtheit dieser Testierform geführt hat, tritt zu wenig in Erscheinung.

Andererseits haben gerade die "kranken" Fälle immer wieder den Anstoß zur Weiterentwicklung gegeben, da sich an ihnen Ungereimtheiten und Schwächen des geltenden Rechts am deutlichsten zeigten. Wie sich in den Ausführungen de lege lata gezeigt hat, erscheint § 2247 BGB in seiner jetzigen Fassung nicht so vollkommen und unanfechtbar, daß sich Korrekturen von selbst verbäten. Insoweit werden die Erfahrungen

mit der bisherigen Regelung wertvolle Hilfe für die Gestaltung des zukünftigen Rechts sein.

I. Historischer Rückblick

Wenn im folgenden ein kurzer Rückblick über die Geschichte des privatschriftlichen Testaments gegeben werden soll [314], dann nicht deshalb, weil sich aus der Geschichte eines Rechtsinstituts die Fortentwicklung zwingend herleiten ließe. Ein solcher Blick in die Vergangenheit vermittelt jedoch Hinweise, die bei dem Versuch einer Anpassung an geänderte Bedürfnisse der Rechtsgemeinschaft nützlich sein können. Erfahrungen nicht verwerten heißt Fehler unnötig doppelt machen.

1. Entwicklung bis zum BGB

Lange Zeit fristete das privatschriftliche Testament ein eher kümmerliches Dasein. Seine Entstehung verdankt es der Großzügigkeit des Kaisers Valentian III., der 446 die nach damaligem Recht ungültige Niederschrift eines letzten Willens nicht verwerfen mochte: Misce, der die erforderlichen Zeugen nicht zur Verfügung standen, setzte Pelagia in einem eigenhändigen Schriftstück als Erbin ein und überreichte dieses ihrem Neffen Caesarius zur Veröffentlichung. Pelagia wollte jedoch das Erbe nicht antreten, bis Klarheit über die Rechtslage herrschte, worauf der Kaiser entschied:

> "...decernimus, ut quisquis per holographam scripturam supremum maluerit ordinare iudicium habeat liberam facultatem...si holographa manu testamenta condantur, testes necessarios non putamus"[315].

Vergleicht man die Entstehung des eigenhändigen Testaments mit seiner Fortentwicklung, zeigen sich somit Parallelen. Immer da, wo gegen Formvorschriften verstoßen wird, setzt die Überprüfung ein, ob das gegenwärtige Recht sinnvoll oder zu streng ist. Der Unterschied zur heutigen Situation besteht lediglich darin, daß Mängel zwar weiter Anstoß zu Reformen geben, die Betroffenen den Nutzen aus der Weiterentwicklung jedoch mangels Rückwirkung nicht mehr ziehen können. Pelagia wäre heute nicht Erbin geworden.

Geltung erlangte die Novelle Valentians III. zunächst nur im weströmischen Reich; im Osten wurde sie nicht publiziert, und Justinian (527-565) nahm sie in das corpus iuris nicht auf. Nach dem Zusammenbruch Westroms im Jahre 476 fand sie als nur für die römischen Untertanen geltendes Recht Eingang in die lex Romana Visigothorum (506), das sog. breviarium Alaricianum [316], bis sie durch die lex Visigothorum (wahrscheinlich 654 durch König Rekeswind [317]) im gesamten westgotischen Reich verbreitet wurde [318].

Mit der Reception des corpus iuris im 13. Jahrhundert verschwand das holographische Testament in Südfrankreich, tauchte aber in den coutumiers Nordfrankreichs als Gewohnheitsrecht wieder auf [319]. Die Neuregelung des Testamentsrechts in Frankreich durch die Ordonnance aus dem Jahre 1735 behielt diese Trennung bei. Als Art. 38 der Ordonnance galt das holographische Testament nur im Norden [320]. Erst der Code civil Napoleons von 1804 verschaffte ihm Anerkennung auch im Süden. Wie die Ordonnance verlangt der Code Eigenhändigkeit, Unterschrift und Datierung, verzichtet jedoch auf zwingend gebotene Ortsangabe [321].

Eine etwas andere Ausprägung findet sich in der Stadtordnung Ferdinands I. für Wien vom 12. März 1526 [322]. Hier waren erforderlich: Eigenhändige

Niederschrift, Datierung und Siegel. Über das Westgalizische Gesetzbuch von 1797 (§ 373) [323] fand das eigenhändige Testament Eingang in das Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch [324].

Ob eine Verbindung zwischen beiden Rechtskreisen bestand, das eigenhändige Testament in Österreich also ebenfalls auf die Novelle Valentians III. zurückgeht, ist bis heute dunkel [325]. Für die Ausbreitung dieses Instituts in den anderen europäischen Rechten ist jedenfalls der Code civil die wesentlichere Quelle.

2. Einführung in das BGB

Bei den Vorbereitungen zu einem Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich waren regional unterschiedliche Regelungen zu vereinheitlichen. Wie Italien, Spanien, Belgien, Luxemburg und Rumänien hatten unter dem Einfluß des Code civil die lange Zeit französisch besetzten Rheinlande, Baden und die bayerische Pfalz [326] das eigenhändige Testament übernommen. Das gemeine Recht dagegen, das das römische Recht über das corpus iuris Justinians recipiert hatte [327], kannte als Privattestament nur das 7-Zeugen-Testament [328], dem preußischen allgemeinen Landrecht war ein Privattestament völlig fremd [329].

In den Beratungen setzten sich zunächst die Gegner durch. Motive [330] und Protokolle [331] verwarfen das eigenhändige Testament, da es keinen hinreichenden Schutz vor Fälschung, Unterdrückung sowie Beeinflussung biete und die Abgrenzung zum Entwurf erschwere. Hinzu kam das Argument, im Gegensatz zum römischen Intestaterbrecht sei die Nachlaßverteilung des Entwurfs nach billigen und vernünftigen Grundsätzen erfolgt; der Gesetzgeber habe mithin keinen Anlaß, Durchbrechungen der gesetzlichen Erbfolge zu erleichtern und begünstigen. Der Antrag auf Zulassung

eines holographischen Testaments wurde abgelehnt [332], § 2205 des dem Reichstag vorgelegten Entwurfs enthielt allein das öffentliche Testament:

> "Ein Testament kann in ordentlicher Form nur vor einem Richter oder vor einem Notar errichtet werden."

In der Reichstagskommisssion allerdings waren die Gewichte trotz der Unterstützung des Entwurfs durch die Denkschrift des Bundesrats [333] anders. Entgegen der Vorlage beschloß die Kommission mit 12:8 Stimmen, dem Plenum die Aufnahme des privatschriftlichen Testaments zu empfehlen [334]; bei diesem Votum blieb die Kommission trotz weiterer harter Debatten auch in der zweiten Lesung [335].

Wie sehr das Problem die Gemüter erhitzte, zeigt noch einmal die Niederschrift aus den Beratungen im Plenum des Reichstags. Der Abgeordnete v. Buchka brachte den Antrag ein, die Kommissionsbeschlüsse aufzuheben, bei den Abgeordneten Kauffmann und Dr. Görtz fand er Unterstützung [336]. Dabei wurden erneut sämtliche schon vorher geäußerten Bedenken vorgebracht; Staatssekretär Nieberding schloß sich dem an, indem er daran erinnerte, daß die Mehrheit der Regierungen gegen das eigenhändige Testament sei [337]. Die meisten Sprecher allerdings verwiesen auf die guten Erfahrungen in den Gebieten, in denen es bisher schon üblich war. Von den Beiträgen der Abgeordneten v. Jagemann, v. Cuny, Stephan, v. Stumm, Dr. Simonis und Dr. Enneccerus [338] ist besonders der letzte interessant, da Dr. Enneccerus noch bei den Beratungen der Kommission gegen das privatschriftliche Testament gestimmt hatte. Er lehnte als letzter Redner trotz weiter bestehender Bedenken den Streichungsantrag mit der Begründung ab, ein von den Betroffenen so hochgeschätztes Institut könne man nicht mehr nehmen. Dieses Argument ist um so bemerkenswerter, als es - wie bereits erwähnt - später beim

Erbrechtsausschuß wieder erscheint. Auch dort scheiterte der Versuch, mit dem privatschriftlichen Testament die sog. "pflichtvergessenen" Verfügungen zu beseitigen, an der Furcht vor der Bevölkerung [339]. Nach der Annahme durch den Reichstag lautete § 2231 Nr.2 BGB in seiner damaligen Fassung:

> "Ein Testament kann in ordentlicher Form errichtet werden:
> 1. ...;
> 2. durch eine von dem Erblasser unter Angabe des Ortes und Tages eigenhändig geschriebene und unterschriebene Erklärung."

Wie gerade angemerkt, geriet das privatschriftliche Testament bei der Neuregelung des Erbrechts im Erbrechtsausschuß erneut in die Diskussion. Nachdem man sich wegen der Verwurzelung im Volke zum Beibehalten entschlossen hatte, wurden die Formerfordernisse erleichtert. § 21 TestG beseitigte die Hauptquellen bisheriger Formnichtigkeit. Er schrieb eigenhändige Angabe von Ort und Zeit der Errichtung nicht mehr verbindlich vor, sondern empfahl sie nur noch. Nunmehr lautete die Formulierung:

> "(1) Der Erblasser kann ein Testament in ordentlicher Form durch eine eigenhändig geschriebene und unterschriebene Erklärung errichten.
> (2) Es ist nicht notwendig, aber rätlich, daß der Erblasser in der Erklärung angibt, zu welcher Zeit (Tag, Monat und Jahr) und an welchem Orte er sie niedergeschrieben hat.
> (3) Die Unterschrift soll den Vornamen und den Familiennamen des Erblassers enthalten. Unterschreibt der Erblasser in anderer Weise, etwa lediglich mit dem Vornamen oder durch Angabe der Familienstellung und reicht diese Unterzeichnung zur Feststellung der Urheberschaft des Erblassers und der Ernstlichkeit seiner Erklärung aus, so steht eine solche Unterzeichnung der Gültigkeit des Testaments nicht entgegen.
> (4) ...
> (5) Enthält ein nach Abs. 1 errichtetes Testament keine Angabe über die Zeit der Errichtung und ergeben sich hieraus Zweifel über seine Gültigkeit (etwa weil der Erblasser während einer gewissen Zeit wegen Entmündigung testierunfähig war oder weil er mehrere einander widersprechende Testamente hinterlassen hat), so ist das Testament nur dann als gültig anzusehen, wenn sich die

notwendigen Feststellungen über die Zeit der Errichtung anderweit treffen lassen. Dasselbe gilt entsprechend für ein Testament, das keine Angabe über den Ort der Errichtung enthält."

Bei nur sprachlich leicht geänderter Fassung existiert das privatschriftliche Testament in dieser Form heute noch. Die Wiedereingliederung in das Bürgerliche Gesetzbuch [340] als § 2247 brachte keine sachliche Änderung.

II. Regelung in den Nachbarländern

Im Anschluß an die historische Besinnung empfiehlt sich als weitere Hilfe für die Gestaltung des künftigen Rechts ein Seitenblick auf die Nachbarländer. Notwendige Rücksichtnahme auf das Bedürfnis der Europäischen Gemeinschaft nach Harmonie der nationalen Einzelrechte [341] und auf die Regelungen der übrigen deutschsprachigen Länder werden dabei den Schwerpunkt bestimmen, so daß im folgenden ein kurzer Überblick über den mitteleuropäischen, den romanischen, den skandinavischen und den angelsächsischen Rechtskreis erfolgen soll [342].

1. Mitteleuropäischer(deutschsprachiger)Rechtskreis

Der deutschsprachige Raum kennt bezüglich des eigenhändigen Testaments im wesentlichen sich entsprechende Regelungen. Abweichungen ergeben sich lediglich bei der Ort- und Zeitangabe.

a. Deutsche Demokratische Republik

Was insbesondere die Bundesrepublik Deutschland und die Deutsche Demokratische Republik betrifft, enthalten die Formanforderungen keine sachlichen Unterschiede. Zu beachten ist nur, daß die Deutsche Demokratische Republik die am 1. April 1953 in Kraft getretene Wiedereingliederung des Testaments-

gesetzes in das Bürgerliche Gesetzbuch [343] nicht mehr mitvollzogen hat. Somit gilt noch § 21 TestG[344].

b. Österreich

Auch Österreich kennt in § 578 ABGB ein ordentliches eigenhändiges Testament [345]. Wie im Bürgerlichen Gesetzbuch und Testamentsgesetz ist die Angabe von Tag, Jahr und Ort der Errichtung nicht zwingend vorgeschrieben [346], ein Unterschied besteht jedoch beim Abschluß. § 578 S. 1 ABGB fordert nicht nur Unterschrift, sondern ausdrücklich Namensunterschrift. Daß dennoch wie im deutschen Recht [347] eine Verwandtschaftsbezeichnung als genügend angesehen wird [348], erscheint äußerst bedenklich.

Interessante Abweichungen vom deutschen Recht ergeben sich weiter dadurch, daß Österreich neben dem eigenhändigen Testament in den §§ 579 - 581, 585, 586 ABGB zwei weitere ordentliche Formen des Privattestaments kennt. Beim fremdhändigen (allographischen) Testament erstellt ein anderer den Text [349]; der Erblasser unterschreibt eigenhändig und erklärt vor drei Zeugen, daß die Niederschrift seinen letzten Willen enthalte. Die Zeugen setzen unter Hinweis auf ihre Zeugeneigenschaft ebenfalls ihren Namen auf die Urkunde, den Inhalt brauchen sie nicht zu kennen. Auch beim mündlichen Testament sind drei Zeugen erforderlich. Diese müssen die Identität des Erblassers bestätigen können und im Gegensatz zum fremdhändigen Testament, bei dem gleichzeitige Anwesenheit zweier Zeugen genügt, sämtlich zugleich gegenwärtig sein. Auf Verlangen eines jeden, dem daran gelegen ist, haben die drei Zeugen oder, falls einer nicht eidlich vernommen werden kann, wenigstens zwei ihre Aussage eidlich zu bekräftigen; widrigenfalls ist die mündliche Anordnung nichtig.

c. Schweiz

Strenger als das Bürgerliche Gesetzbuch, das Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch und das Testamentsgesetz ist das schweizerische Zivilgesetzbuch. Art. 505 ZGB schreibt eigenhändige Angabe von Ort, Jahr, Monat und Tag der Errichtung zwingend vor, wobei unklare Angaben allerdings durch außerhalb der Urkunde liegende Beweismittel ergänzt werden können [350]. Bei der Unterschrift genügt wie in § 2247 BGB und § 21 TestG jede ausreichende Identitätsbezeichnung; Namensunterschrift wird nicht ausdrücklich gefordert [351].

2. Romanischer Rechtskreis

Dem mitteleuropäischen Rechtskreis entspricht bezüglich des eigenhändigen Testaments am meisten der romanische. Dieser ist geprägt vom Code civil. Neben Frankreich gilt er bis auf Ausnahmen unverändert in Belgien; die Niederlande haben ihn weitgehend übernommen, und auch der Codice civile aus dem Jahre 1865 war eine teilweise wörtliche Wiedergabe des Code civil.

a. Frankreich

Art. 970 Code civil nimmt eine Mittelposition zwischen den Anforderungen des § 2247 BGB einerseits [352] und des Art. 505 ZGB andererseits ein. Wie § 2247 BGB verzichtet er auf Ortsangabe, verlangt aber mit Art. 505 ZGB eigenhändige Niederschrift von Tag, Monat und Jahr der Errichtung. Allerdings kann eine unvollständige Datumsangabe aus dem Testament selbst ergänzt werden [353].

b. Niederlande

In der Zulässigkeit des holographischen Testaments hat sich das Burgerlijk Wetboek vom Code civil gelöst. In Art. 979 BW, der nach seiner Stellung im 4. Abschnitt des 12. Titels des 2. Buches dem Art. 970 Code civil entspricht, gibt es dieses Institut zwar noch; Art. 979 BW ver-

langt jedoch zwingend Hinterlegung bei einem Notar. Ohne Hinterlegung ist der Anwendungsbereich stark eingeschränkt. Nach Art. 982 BW können durch einfache privatschriftliche Erklärung, die ganz vom Erblasser geschrieben, datiert und unterschrieben ist, nur einige enumerativ aufgezählte Anordnungen getroffen werden, nämlich die Berufung von Testamentsvollstreckern, Bestellung des Begräbnisses sowie die Aussetzung von Vermächtnissen über Kleidungsstücke, Wäsche, bestimmten Schmuck und einzelne Möbel.

c. Italien und Vatikan

Während das Burgerlijk Wetboek immer noch in der Regel den Code civil übersetzt, sich aber beim eigenhändigen Testament zu einer eigenständigen Lösung entschlossen hat, sieht es in Italien umgekehrt aus. Seit der Reform von 1940 hat sich das Erbrecht vom Code civil weitgehend emanzipiert [354], an der hier speziell interessierenden Formvorschrift für das eigenhändige Testament in Art. 602 des neuen Codice civile jedoch sachlich nichts geändert. Weiterhin sind durchgängig eigenhändige Niederschrift, Datierung und Unterschrift erforderlich. Neu ist allerdings die differenzierende Unwirksamkeitsregel in Art. 606. Abs. 1 ordnet absolute Nichtigkeit nur bei mangelnder Eigenhändigkeit des Textes oder fehlender Unterschrift an; bei jedem anderen Formfehler muß nach Abs. 2 ein Beteiligter Nichtigkeitsklage erheben. Unterbleibt das innerhalb von fünf Jahren nach Vollziehbarkeit des Testaments, verjährt das Klagerecht; das Testament ist trotz des Formfehlers wirksam.

Bezüglich des vatikanischen Rechts erscheint bemerkenswert, daß noch der alte Codice civile von 1865 gilt [355], der sich eng an den Code civile anlehnte. Die Reform von 1940 hat der Vatikan nicht

mitgemacht. Eine Sonderstellung nehmen die Verfügungen ad pias causas ein: Nach can 1513 CIC können sie in jeder geeigneten Form erfolgen.

d. Spanien
Beim spanischen Recht besteht die Schwierigkeit, daß der Código civil von 1889 die Partikularrechte nicht aufgehoben hat [356]. Was den Código selbst betrifft, so stellt er bezüglich des holographischen Testaments in Art. 688 die gleichen Anforderungen wie der Code civil. Darüberhinaus muß ein Testament nach Art. 689 innerhalb von fünf Jahren nach dem Todestage des Erblassers dem zuständigen Richter vorgelegt und protokolliert werden, sonst ist es nichtig. Bemerkenswert erscheint weiter die ausdrückliche Regelung von Änderungen: Ausgestrichene, ausgebesserte oder zwischen die Zeilen gesetzte Worte muß der Testator gemäß Art. 688 Abs. 3 gesondert unterschreiben.

3. Skandinavischer Rechtskreis
Aus dem skandinavischen Rechtskreis soll hier nur das EG-Mitglied Dänemark exemplarisch aufgeführt werden. In § 40 des Erbgesetzes vom 31. Mai 1963 heißt es: "Das Testament muß schriftlich errichtet und vor einem Notar oder vor zwei Zeugen unterschrieben oder anerkannt werden." Nach § 42 hat die Unterschrift bzw. Anerkennung bei gleichzeitiger Anwesenheit der Zeugen zu erfolgen, die sofort ihren Namen auf das Testament setzen müssen. Die Zeugen müssen auf Wunsch des Erblassers zur Stelle und über ihre Funktion unterrichtet sein.

Damit gibt es ein dem deutschen Recht entsprechendes eigenhändiges Testament nicht. Diese Form des Testierens entspricht den im folgenden darzustellenden Verfügungen des angelsächsischen Raums,

allenfalls läßt sie sich mit dem fremdhändigen Testament des Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuchs vergleichen. Ein dem § 2247 BGB entsprechendes eigenhändiges Testament existiert in § 44 Abs. 1, 2. Alt. des Erbgesetzes vom 31. Mai 1963 nur als Nottestament und wird drei Monate nach Wegfall der Notsituation hinfällig.

4. Angelsächsischer Rechtskreis

Auch der angelsächsische Rechtskreis kann nicht annähernd vollständig aufgeführt werden; eine Darstellung sämtlicher Einzelrechte des Vereinigten Königreichs sowie der Vereinigten Staaten müßte den Rahmen eines kurzen Überblicks sprengen. Somit findet eine Beschränkung auf England statt. Bezüglich der Vereinigten Staaten sei lediglich angemerkt, daß von den statutes der Einzelstaaten 19 ein eigenhändiges Testament kennen [357].

Seit dem Wills Act von 1837 ist das englische Testamentsrecht nicht mehr grundlegend geändert worden. Sec. 9 nennt drei Voraussetzungen für ein gültiges Testament: Schriftliche Niederlegung des Textes, Unterschrift durch den Testator selbst oder einen Dritten in seiner Gegenwart und auf seine Weisung vor mindestens zwei Zeugen, Beglaubigung durch Unterschrift der Zeugen in Gegenwart des Testators. Wegen der hinzugezogenen Zeugen, die den Inhalt nicht kennen müssen, brauchen also Text und Unterschrift nicht eigenhändig zu sein. Der Erblasser kann die Unterschrift eines Dritten anerkennen oder z.B. die Niederschrift mit einem Siegel, das seine Initialen enthält, versehen [358].

III. Ziel einer Neufassung des § 2247 BGB

Der bei der Weiterentwicklung des § 2247 BGB einzuschlagende Weg geht in dieselbe Richtung wie bei der Reform des alten § 2231 Nr. 2 BGB durch § 21 TestG. Durch den Verzicht auf zwingende Namensunterschrift sowie handschriftliche Angabe von Ort und Zeit der Errichtung entfiel ein Großteil der damaligen Nichtigkeitsgründe. Das Ärgernis, Testamenten die Verbindlichkeit versagen zu müssen, obwohl an der Ernstlichkeit und Authentizität des geäußerten Willens keine Zweifel bestanden, wurde damit zwar nicht völlig beseitigt, jedenfalls aber zahlenmäßig gemindert.

Auch im folgenden wird zu prüfen sein, ob auf weitere zwingende Formerfordernisse verzichtet werden kann, ohne daß der zu erwartende Schaden größer wäre als der bezweckte Erfolg. Sollten sich - vor allem bei der Überprüfung der Fallgruppen, die heute die Schwerpunkte unwirksamer Testamente bilden - solche entbehrlichen Anforderungen finden, wird man sie fallen lassen müssen.

Die Tendenz zielt also dahin, unter weitergehendem Ausschluß zwingender Formvorschriften dem geäußerten Willen des Erblassers Geltung zu verschaffen. Es geht darum, die konstitutiven Elemente des privatschriftlichen Testaments auf jenes Minimum zu reduzieren, das im Interesse der Abschlußklarheit und zum Schutz vor Manipulationen Dritter unerläßlich ist. Dem Übereilungsschutz kann dabei kein oder allenfalls ein geringer Stellenwert zugemessen werden. In einer Rechtsordnung, die bezüglich des Inhalts letztwilliger Verfügungen Freiheit bis hin zur Willkür gewährt, wäre es zwar

wünschenswert, jedermann würde sich seine Nachlaßregelung gründlich überlegen; dieses erstrebenswerte Pflichtbewußtsein ist jedoch - solange keine rechtskundige Beratung verbindlich vorgeschrieben ist - mit formellen Barrieren nicht zu erzwingen. Bereits im geltenden Recht existiert der Übereilungsschutz nur als Wunschvorstellung[359]. Weiterhin sind zu berücksichtigen das Interesse der Allgemeinheit an Klarheit über die Erbfolge und damit Gesichtspunkte der Rechtssicherheit.

Wenn Verfasser de lege ferenda für weitergehende Lockerung der Form eintritt, sieht er darin keinen Gegensatz zu dem eingangs vertretenen Standpunkt, Formvorschriften seien ohne Rücksicht auf Billigkeitserwägungen des Einzelfalls selbst dann strikt anzuwenden, wenn der erkennbare Wille gemäß § 125 S. 1 BGB wirkungslos bleibt. Es ist ein Unterschied, ob de lege ferenda über den Abbau oder de lege lata über die Anwendung von Formvorschriften gestritten wird. Entscheidungen des Gesetzgebers stehen nicht zur Disposition von Rechtsprechung und Rechtslehre. Wohl aber ist es Aufgabe gerade der Lehre, aus guten wie schlechten Erfahrungen lernend dem Gesetzgeber Vorschläge für das künftige Recht zu unterbreiten.

Dabei muß als Grundsatz gelten: J e d e r e r k e n n b a r g e ä u ß e r t e l e t z t e W i l l e s o l l n a c h M ö g l i c h k e i t v e r w i r k l i c h t w e r d e n. Nur dieser Grundsatz wird der Bedeutung von Testierfreiheit als einer der tragenden Säulen unseres Erbrechts [360], dem Willensdogma des Bürgerlichen Gesetzbuchs [361] und der Wertung in Art. 14 des Grundgesetzes gerecht. Formen sollen gewillkürte Erbfolge nicht erschweren;

sie sollen lediglich Gewähr dafür bieten, daß der wahre Wille erkannt und nicht verfälscht überliefert wird. Die Sorge vor Manipulationen Dritter oder nicht sicherer Kenntnis von einem verbindlichen Abschluß darf nicht dazu führen, daß Vorschriften, die den letzten Willen schützen sollen, in weitaus mehr Fällen seine Wirksamkeit verhindern. Form ist nach heutigem Empfinden kein Selbstzweck; Form kennzeichnet nicht mehr die Feierlichkeit bestimmter wichtiger Handlungen [362]. Die Willensentschließungs- und Willensbetätigungsfreiheit des Bürgers duldet zwingende Formen und damit die Sanktion des § 125 S. 1 BGB nur dann, wenn dies zur Sicherung von Rechtsgütern unerläßlich ist.

IV. Einzelfragen

Bei den nunmehr zu erörternden Einzelproblemen gilt als Grundregel: Beweispflichtig ist nicht, wer den Wegfall bisher gebotener Formen verlangt, sondern derjenige, der sie aufrechterhalten oder sogar verschärfen will. Zwar pflegt man im allgemeinen demjenigen, der für eine Abänderung des bestehenden Zustands eintritt, den Nachweis aufzubürden, daß das Neue besser wäre als das Alte. Nach dem Funktionsverlust der Formen als sinnfällige Kennzeichen wichtiger und feierlicher Handlungen würde eine solche Beweisverteilung jedoch das Regel-Ausnahme-Verhältnis von formfreien und formgebundenen Rechtsgeschäften verkennen.

1. Formfreie Verfügungen

Als extremste Möglichkeit, den gegenwärtigen Zustand zu verändern, stellt sich der völlige Verzicht auf bindende Vorschriften dar. Wie beim Militärtestament des römischen Rechts der Soldat [363] könnte ein jeder Erblasser in beliebiger Weise letztwillig verfügen; zum Nachweis wären dann sämtliche Beweismittel der Zivil-

prozeßordnung zugelassen. Verfügungen vor nur einem Zeugen wären ebenso wirksam wie maschinengeschriebene Testamente ohne Unterschrift, sofern nur nachgewiesen werden könnte, daß der Erblasser selbst die Maschine betätigte oder den Text diktierte.

Wenn der Gedanke an gänzlich formfreie Verfügungen auch ungewohnt sein mag und im geltenden deutschen Recht wie in den Nachbarstaaten nicht einmal beim Nottestament verwirklicht ist [364], kann er dennoch nicht als völlig abwegig gelten. Unsere Rechtsordnung gewährt dem letzten Willen bezüglich des Inhalts fast unbegrenzte Freiheit; warum soll sie bei der Kundgabe nicht in gleicher Weise großzügig sein? Wo unvernünftigen und - bis auf die Grenzen des § 138 Abs. 1 BGB - selbst sittlich mißbilligten letzten Wünschen Rechnung getragen wird, ist ohne weiteres nicht einsichtig, warum nicht auch unübliche und nach allgemeinem Empfinden unpassende Äußerungen dieser Wünsche rechtsverbindlich sein sollen. Wenn akzeptiert wird, daß möglichst jeder erkennbar geäußerte Wille verwirklicht werden soll, wären formfreie Verfügungen sogar naheliegend.

a. Vorteile

Was aber wäre die Folge eines völligen Verzichts auf Formen? Zunächst ergäbe sich das erwünschte und angestrebte Positivum, das ausnahmslos jeder mit den allgemeinen Beweismitteln nachgewiesene letzte Wille verbindlich wäre. Das unbefriedigende Ergebnis, daß entgegen dem ausdrücklich geäußerten Wunsch eines Verstorbenen wegen § 125 S. 1 BGB aus formalen Mängeln nicht der in seine Hinterlassenschaft nachfolgt, den er dazu ausgewählt hat, könnte nicht mehr eintreten.

b. Nachteile

Andererseits wäre eine völlig unübliche Testierweise nicht ohne Risiko für den Testator bzw. für den von ihm Bedachten. Erkennbarkeit des geäußerten letzten Willens heißt auch: Sichere Kenntnis davon, daß die jeweilige Äußerung als verbindlich gewollt war. Wer z.B. Vorstellungen über die sinnvollste Verteilung seines Nachlasses am Biertisch entwickelte, brächte die dadurch Begünstigten in große Schwierigkeiten, selbst wenn die Äußerungen ernst und mit Rechtsfolgewillen gemeint gewesen wären. Letztere wären nach allgemeinen Beweisregeln für den Nachweis der Verbindlichkeit beweispflichtig [365]; der jetzt den gewillkürten Erben zugute kommende Satz, wonach bei einem Schriftstück mit allen wesentlichen Erfordernissen eines Testaments Testierwille vermutet wird [366], entfiele bei formfreien Verfügungen. Insoweit eröffnete die Möglichkeit, in beliebiger Weise zu testieren, zwar keine neue Gefahrenquelle, vergrößerte jedoch eine bereits bestehende [367].

Als Faustregel könnte gelten: Je ungewöhnlicher die Äußerung des letzten Willens, desto größer die Gefahr, daß ein Gericht den animus testandi als nicht erwiesen ansieht.

Diese Gefahr allein ist jedoch kein durchschlagendes Argument gegen die Zulassung eines formlosen Testaments. In einem freien System sollte bis auf eng umgrenzte Ausnahmefälle das Recht den mündigen Bürger selbst da nicht bevormunden, wo es unter objektiven Gesichtspunkten zu seinem Besten wäre. Es muß jedermann selbst überlassen bleiben, ob er ein Risiko eingeht oder nicht doch den sicheren Weg des öffentlichen bzw. eigenhändig geschriebenen und unterschriebenen Testaments wählt. Damit wäre es Sache des Erblassers zu verhüten, daß die von ihm gewünschte

Nachlaßregelung bei nicht nachweisbarem animus testandi zugunsten der gesetzlichen Erben verhindert wird.

Gewichtiger sind andere Gründe. Wenn de lege ferenda als Ziel angestrebt wird, möglichst jedem erkennbar geäußerten letzten Willen zum Erfolg zu verhelfen, darf nicht ins andere Extrem verfallen und der Schutz der Formen völlig vernachlässigt werden. Bei der Überprüfung, ob die geltenden Vorschriften über das Ziel hinausgeschossen sind und ihrerseits überflüssige Gefahren bilden, kann die Sorge vor Manipulationen Dritter nicht außer acht bleiben. Sonst reichte bereits der Meineid eines angeblichen Zeugen aus, den letzten Willen eines Verstorbenen zu verfälschen. Auch die Rechtsgemeinschaft hat ein Interesse an einem Minimum an Formen. Nach § 1922 Abs. 1 BGB geht mit dem Erbfall das Vermögen als ganzes auf den Erben über, gemäß § 1967 Abs. 1 BGB haftet dieser für Nachlaßverbindlichkeiten. Damit müssen Dritte wissen, an wen sie sich nunmehr zu wenden haben.

c. Ergebnis

Da somit die Zulassung formfreier Verfügungen mehr Gefahren als Nutzen brächte, muß darauf verzichtet werden, selbst wenn in einigen Fällen Härten auftreten. Gesetze haben von einer gewissen Durchschnittserfahrung auszugehen. Wenn insgesamt die Nachteile überwiegen, kann der Gesetzgeber nicht um einiger Einzelfälle willen der gesamten Rechtsgemeinschaft den Schutz der Form völlig entziehen. Im übrigen ist die Gefahr, nicht mehr rechtzeitig ordentlich testieren zu können, gemindert durch die Nottestamente der §§ 2249 - 2251 BGB.

Auch der Umstand, daß es im Rahmen des § 2255 BGB einen mit allen zulässigen Beweismitteln der Zivilprozeßordnung möglichen Nachweis für die formgültige Errichtung eines ohne Widerrufsabsicht verlorengegangenen, zerstörten oder veränderten Testaments gibt [368],

zwingt zu keiner anderen Bewertung. Selbst hier muß zunächst eine formgültige Testamentsurkunde vorhanden gewesen sein. Der Ausnahmefall, daß bei ungewolltem Verlust oder Beschädigung durch Dritte das schon wirksame Testament nicht ungültig wird, kann als Argument für die Wirksamkeit von Verfügungen, die von Anfang an formlos erfolgen, nicht herangezogen werden.

Abschließend soll noch der Gesichtspunkt einer erheblichen Mehrbelastung der Gerichte durch formfreie Verfügungen erwähnt werden, obwohl dem keine ausschlaggebende Bedeutung zugemessen wurde. Erhöhte Schwierigkeiten und Mehrarbeit sind entscheidende Argumente allenfalls bei prozessualen Normen oder Verwaltungsvorschriften. Es gehört zwar zu den schwierigsten, aber auch zu den vornehmsten Aufgaben der Gerichte, aus widerstreitenden Vorträgen die Wahrheit festzustellen. Wäre dem anders, müßte der gesamte Rechtsverkehr, das Schuldrecht eingeschlossen, zurückgeführt werden in die strengen Formen längst überwundener archaischer Rechtssysteme. Wesentlich war, daß der Wille eines Verstorbenen, der nicht mehr gefragt werden kann, erhöhten Schutzes vor Manipulationen bedarf. Dieser Sonderfall, daß der entscheidende Zeuge grundsätzlich nicht mehr zur Verfügung steht, bedarf größerer Sicherheitsvorkehrungen, als sie im Regelfall des Rechtsstreits unter Personen erforderlich erscheinen, die noch über die von ihnen abgegebenen Erklärungen befragt werden können.

2. Mündliche Verfügungen vor Zeugen

Der nur mündlich vor Zeugen erklärte letzte Wille ist in den zum Vergleich herangezogenen europäischen Rechtskreisen weithin unbekannt. Aus dem romanischen Rechtskreis erlaubt Spanien in gewissen

Fällen ein mündliches Testament vor zwei beliebigen Zeugen bei Soldaten und Schiffsreisenden [369]; Frankreich, Belgien, die Niederlande und Italien fordern selbst für Nottestamente Erklärung zu Protokoll vor militärischen Führern, Schiffsoffizieren oder Amtspersonen [370]. Wie Spanien erkennt Dänemark in Notsituationen eine mündliche Erklärung vor zwei Zeugen als gültig an [371]; England gestattet weitergehend Soldaten und Seeleuten unter besonderen Voraussetzungen, formlos zu testieren [372]. Im mitteleuropäischen Rechtskreis verlangt die Schweiz bei Notfällen ebenfalls zwei Zeugen [373], die Bundesrepublik Deutschland und die Deutsche Demokratische Republik erklären Anwesenheit von drei Zeugen für notwendig [374]. Lediglich Österreich kennt im Anschluß an das gemeine Recht [375] ein mündliches Testament als ordentliche Verfügungsform, wie in Deutschland sind nach § 585 ABGB drei Zeugen erforderlich.

Mit der mündlichen Erklärung allein begnügen sich aber die meisten Länder nicht. In der Regel verlangen sie schriftliche Niederlegung durch die Zeugen und deren Unterschrift [376]. Außerdem endet die Gültigkeit eines außerordentlichen mündlichen Testaments fast ausnahmslos nur kurze Zeit nach Ende der Notsituation, falls der Erblasser diese überlebt [377].

Österreich, das wie ausgeführt als einziges der hier erwähnten Länder das mündliche Testament vor drei Zeugen zu den ordentlichen Testamentsformen zählt, sucht sich dadurch zu sichern, daß auf Verlangen eines jeden Interessierten die Zeugen ihre Aussage beeidigen müssen. Können nicht mindestens zwei Zeugen noch eidlich vernommen werden, ist die mündliche Erklärung des Erblassers hinfällig [378].

Auch die Väter des Bürgerlichen Gesetzbuches haben sich mit der Frage eines ordentlichen Privat-

testaments in mündlicher Form befaßt, es dann aber wegen ihrer strengeren Anforderungen an die Sicherheit der Erklärung verworfen [379].

a. Vorteile

Wenn man nach den Vorteilen des mündlichen Testaments fragt, so sind es im wesentlichen dieselben wie bei einem formfreien Testament. Selbst derjenige, der aus irgendwelchen Gründen nicht oder nicht mehr in der Lage ist, seinen letzten Willen schriftlich niederzulegen bzw. vor einem Notar oder einer Behörde zu erklären, kann diesen vor beliebigen fähigen Zeugen kundtun und damit eine Nachlaßregelung nach seinen Wünschen durchsetzen.

b. Nachteile

Aber auch die Nachteile decken sich weitgehend mit denen bei formfreien Verfügungen. Obwohl die Mißbrauchsmöglichkeiten durch Kautelen wie Vereidigung der Zeugen eingeschränkt werden können, bliebe die Manipulationsgefahr trotz möglicher Kautelen größer als bei schriftlichen Testamenten. Weiter ist Zeugenbeweis selbst dann ein unsicherer Beweis, wenn nicht Böswilligkeit und bewußte Manipulation unterstellt werden. Je längere Zeit von der Erklärung bis zum Eintritt des Erbfalls verstreicht, desto eher kann es bei mündlichen Verfügungen geschehen, daß Zeugen vorversterben oder das Gedächtnis sie im Stich läßt, obwohl sie subjektiv ehrlich überzeugt sind, sich genauestens und vollständig zu entsinnen. Gerade wenn es bei Auslegungsfragen entscheidend auf jedes Wort ankommt, versagt oftmals das Gedächtnis von Zeugen, die rechtsunkundig einzelnen Formulierungen keine besondere Bedeutung beigemessen haben, und der einzige, der Klarheit über das Gemeinte schaffen könnte, kann nicht mehr befragt werden.

c. Ergebnis

Somit würde eine Verfügungsform, die nicht in irgendeiner Weise den letzten Willen unabhängig vom menschlichen Gedächtnis verkörpert, ein hohes Maß an Unsicherheit schaffen. Wenn die meisten Rechtsordnungen dem Rechnung tragen, indem sie selbst bei Nottestamenten schriftliche Niederlegung verlangen [380], zeigt das, daß sie diese Gefahr für nicht gering halten. In den überwiegenden Fällen ist es einem Erblasser möglich und zumutbar, rechtzeitig seinen letzten Willen in irgendeiner Weise zu verkörpern, wobei über Einzelheiten noch zu reden sein wird. Damit können Gefahren des Unterschiebens falscher Testamente und Schwierigkeiten bei der Auslegung ohne wesentliche Einbuße an Testierfreiheit eingeschränkt werden.

Im übrigen soll noch darauf hingewiesen werden, daß jedenfalls im hiesigen Rechtskreis der Begriff des Testaments in der Bevölkerung eng verknüpft ist mit dem der Testamentsurkunde. Ein Bedürfnis nach Zulassung mündlicher Verfügungen als ordentlicher Testierform hat sich nicht ergeben. Das zeigt auch die Praxis der Gerichte. Wenn ausgeführt wurde, daß eine Reform des § 2247 BGB u.a. zum Ziel haben muß, immer wieder auftretende Fallgruppen nichtiger Testamente auszumerzen, soweit das ohne Einbuße an Sicherheit für den letzten Willen möglich ist, so trifft dieser Gesichtspunkt hier nicht zu. Die Bürger sind sich darüber im klaren, daß mündliche erbrechtliche Erklärungen unverbindlich bleiben.

3. Verfügungen auf Tonband oder Schallplatte

Das Festhalten an der Verkörperung des letzten Willens besagt jedoch nicht, daß Verkörperung zwingend Schriftlichkeit bedeutet. Die Gründe, die zur Ablehnung einer nur mündlich gegenüber Zeugen geäußerten Erklärung geführt haben, gelten nicht in gleicher Weise, wenn Wünsche über das Schicksal des Nachlasses auf Tonband oder Schallplatte festgehalten werden [381].

a. Vorteile

In diesem Fall kommt es auf die oft unsichere Wiedergabe durch Zeugenaussagen nicht an. Tonträger sind ebenso wie Papier in der Lage, menschliche Gedanken zu verkörpern und der Nachwelt zu bewahren. Der Erblasser selbst spricht zu seinen Erben wie auch zu den von ihm Übergangenen. Gerade wenn man im Testament einen "Akt letzter persönlicher Sorge oder Stellungnahme gegenüber Personen, die ihm im Leben nahe waren" [382], sieht, bieten Tonband oder Schallplatte Vorzüge. Unmittelbarer und persönlicher als selbst in einem Brief vermag der Testator die Gründe für die getroffenen Regelungen zu erläutern.

b. Nachteile

Von den zu befürchtenden Nachteilen läßt sich die Gefahr der Stimmenimitation am leichtesten entkräften. Diese wäre nicht größer als gegenwärtig beim eigenhändigen Testament das Risiko einer Schriftfälschung. Gegebenenfalls müßte Klarheit durch Sachverständigengutachten geschaffen werden.

Schwieriger wird es mit einer Besonderheit, die in ähnlicher Weise bereits bei der

Pauskopie eine Rolle gespielt hat. Durch Überspielen des Bandes oder der Platte auf einen anderen Tonträger können einzelne Verfügungen weggelassen werden, ohne daß eine Beschädigung oder Veränderung sichtbar wird. Wer besonders geschickt mit einem Tonband umzugehen weiß, dem eröffnet sich sogar - wenn auch unter Einsatz von viel Zeit und Geduld - die Möglichkeit, aus in ganz anderem Zusammenhang gesprochenen Sätzen ein Testament herzustellen, vorausgesetzt es ist hinreichend Wortmaterial vorhanden. Daß so etwas nicht nur Theorie ist, bewies jahrelang zu Karneval der ehemalige SPD-Pressesprecher: Aus dem - naturgemäß besonders ergiebigen - Wortmaterial bekannter Politiker schnitt er Reden zusammen, deren Inhalt unvorbereitete Anhänger der Betreffenden zumindest befremdete.

Nun mögen sich, wie die Watergate Affaire gezeigt hat, Veränderungen an Tonbändern mit Hilfe von Sachverständigen feststellen lassen. Unsicher bliebe jedoch, ob z.B. Löschungen vom Erblasser selbst stammen, der sich nur versprochen hat, oder von unbefugten Dritten. Damit böte diese Art zu testieren gegenüber der Schriftform zusätzliche schwerwiegende Gefahren für die Verwirklichung des letzten Willens. Zwar könnte man dem Erblasser aufgeben, Platte bzw. Band bei einem Notar oder Gericht zu hinterlegen. Dann wäre gewährleistet, daß der Tonträger, so wie er übergeben wurde, die vom Testator gewollte Nachlaßregelung enthält. Die Erfahrung mit privatschriftlichen Testamenten in Deutschland hat aber gezeigt, daß von der Hinterlegung nur wenig Gebrauch gemacht wird [383]. Als besonderer Vorzug wird gerade angesehen, ohne Einschaltung dieser Stellen verfügen zu können. Wer sich zum Notar bemüht, ist in der Regel auch bereit, sich dort beraten zu lassen und öffentlich zu testieren.

Als weiteres Argument gegen die Verkörperung auf Tonträgern spricht ein Blick in die Gesetze der Nachbarländer. Unter den aufgeführten ordentlichen Testamentsformen existiert eine Erklärung auf Band oder Schallplatte nicht.

c. Ergebnis

Damit ist die Zulassung eines auf Tonträger gesprochenen Testaments nicht zu empfehlen. Insbesondere bei zwingend vorgeschriebener Hinterlegung bestünde die Gefahr, daß wegen des Unterschieds zur nur fakultativen Hinterlegung bei eigenhändigen Verfügungen eine weitere Nichtigkeitsquelle geschaffen würde. Auch sonst ist im Rechtsverkehr das Übermitteln von Willenserklärungen über Tonträger unüblich. Diese dienen lediglich als Gedächtnisstütze bzw. zu Beweiszwecken für das gesprochene Wort. Wird Verkörperung gesetzlich vorgeschrieben oder von den Beteiligten gewünscht, erfolgt dies schriftlich. Im übrigen trifft dasselbe zu wie beim mündlichen Testament: Bisher hat sich in der Praxis kein Bedürfnis für eine solche Testierform ergeben.

4. Fremdhändiges bzw. maschinenschriftliches Testament

De lege lata bedeutet die in § 2247 Abs. 1 BGB geforderte eigenhändig geschriebene und unterschriebene Erklärung, daß der Erblasser den gesamten Text sowie die Unterschrift selbst mit der Hand zu Papier bringen muß. Unterzeichnung maschinenschriftlich oder von Dritten gefertigter Texte macht ein Testament nichtig.

Wie sich bei den Gedanken zu einem mündlichen oder auf Tonträgern festgehaltenen Testament gezeigt hat, ist es sinnvoll, auf der Niederschrift des letzten Willens zu beharren. Zweifelhaft erscheint jedoch, ob es de lege ferenda erforderlich ist, Eigenhändigkeit als konstitutives Element privatschriftlicher Verfügungen beizubehalten, wobei zunächst nur der Text, nicht die Unterschrift zur Disposition gestellt wird.

Ein fremdhändiges (allographisches) Testament finden wir im österreichischen Recht in den §§ 579 - 581 ABGB. Danach muß ein Erblasser, der seinen letzten Willen von einer anderen Person niederschreiben läßt oder dazu die Schreibmaschine benutzt [384], diesen eigenhändig unterfertigen. Er hat vor drei fähigen Zeugen zu erklären, daß es sich bei der Niederschrift um seinen letzten Willen handelt; ferner bedarf die Urkunde der Unterschrift dieser Zeugen mit einem auf die Zeugeneigenschaft hinweisenden Zusatz. Vergleichbar ist weiter die Rechtslage in England und Dänemark, wobei jedoch die Unterschrift durch Anerkennung des Textes vor den Zeugen ersetzt werden kann [385]. Dagegen kennt der romanische Rechtskreis eine solche Testierform nur mit besonderen Kautelen. Das verschlossene Testament, welches von Dritten gefertigt sein kann, aber vom Testator selbst unterschrieben sein muß, ist einem Notar in Gegenwart weiterer Zeugen zu übergeben [386] und weist damit nicht die typischen Vorzüge und Erleichterungen eines privatschriftlichen Testaments auf.

a. Nachteile

Gegen eine Abschwächung der jetzt zwingenden Erfordernisse des § 2247 Abs. 1 BGB läßt sich insbesondere die erhöhte Gefahr der Verfälschung anführen. Es ist leichter, nur die Unterschrift nachzuahmen als ein ganzes Testament.

Darüber hinaus bedeutet Wegfall der Eigenhändigkeit nicht nur Minderung der Garantiefunktion, sondern auch Verlust an Schutz des Erblassers vor anderen Manipulationen Dritter. Einem leichtfertigen oder nur vielbeschäftigten Mann könnte es geschehen, daß er ein ihm unter-

schobenes Schriftstück unterzeichnet, ohne vom Inhalt Kenntnis zu nehmen, von dem er sich ganz andere Vorstellungen macht. Und ist ein Erblasser schwach, setzt er seinen Namen möglicherweise unter einen Text, der nicht von ihm stammt und seinen Vorstellungen über die Nachlaßregelung entspricht, sondern denen des Ehegatten, der Familie, von Freunden etc.

b. Vorteile

Auf der anderen Seite bedeutet Verzicht auf eigenhändiges Niederschreiben des ganzen Textes eine weitere Erleichterung beim Testieren. Ein von Krankheit oder Alter Geschwächter, der sein Testament ohne Notar errichten möchte, kann noch in der Lage sein, seinen letzten Willen zu diktieren und zu unterzeichnen, obwohl ihm das eigenhändige Anfertigen bei einer umfangreicheren Nachlaßregelung schon unüberwindliche Schwierigkeiten bereitet.

Auch darf nicht außer acht gelassen werden, daß der Gebrauch der Schreibmaschine in den letzten Jahren immer mehr Verbreitung gefunden hat und weite Bevölkerungskreise sie häufig benutzen[387]. Selbst bei persönlichen Briefen gilt Maschinenschrift nicht mehr wie in früheren Jahren als unpassend. Insbesondere wer über keine besonders leserliche Handschrift verfügt und auch sonst Erklärungen an Dritte maschinenschriftlich verfaßt, wird nichts dabei finden, das Produkt seiner Überlegungen mit mechanischen Hilfsmitteln festzuhalten, selbst wenn er der Regelung seines Nachlasses große Wichtigkeit beimißt und sich ernsthaft damit auseinandersetzt. Verzicht auf eigenhändige Textniederschrift würde den Weg freigeben zum Gebrauch von Hilfsmitteln, an die der Rechtsverkehr heute stärker gewohnt ist als noch zu Zeiten des Erbrechtsausschusses.

c. Ergebnis

Was bei der gebotenen Abwägung die Verfälschungsgefahr betrifft, so bedeutet bereits das geltende Recht kein unüberwindliches Hindernis. Nicht jedes Testament beinhaltet eine Fülle einzelner Verfügungen; eine bloße Erbeinsetzung oder ein einzelnes Vermächtnis brauchen nicht lang zu sein. Auch das Risiko, daß jemandem ein Schriftstück unterschoben wird, welches er ungelesen unterschreibt, erscheint nicht allzu hoch. Selbst wer aus beruflichen Gründen gewohnt ist, viel Post zu unterzeichnen, wird sich doch schnell vergewissern, worum es sich handelt, bevor er seine Unterschrift leistet. Und der Möglichkeit, daß einem schwachen Erblasser von Dritten deren Vorstellungen aufgedrängt werden, läßt sich durch den Zwang zu eigenhändiger Testamentsniederschrift ebenfalls nicht wirksam begegnen. Bei wem zu befürchten ist, daß er von anderen aufgesetzte Testamente auf deren Drängen unterzeichnet, bei dem ist ebenso wenig auszuschließen, daß er seine Verfügungen auf Diktat niederschreibt.

Was hingegen die noch zu erörternde Sicherheit über Abschluß und Verbindlichkeit einer Erklärung gegenüber nur unverbindlichen Vorentwürfen betrifft, so wird diese im Regelfall von der Unterschrift geleistet [388]. Insoweit kann kein Unterschied gefunden werden, ob sich diese unter einem eigenhändig, von fremder Hand oder mit Maschine gefertigten Text befindet.

Damit schlägt beim Abwägen von Vorzügen und Nachteilen das Pendel zur Seite weitergehender Auflockerung der Form aus. Wenn es darauf ankommt, nach Möglichkeit jedem erkennbar geäußerten letzten Willen Geltung zu verschaffen, wiegt das Argument

erleichterter Testamentserrichtung mehr. Formelle Hemmnisse haben nur die Aufgabe, schwerwiegende Nachteile für den einzelnen zu verhüten oder Rechtssicherheit zu gewähren. Solange - wie im hier zu entscheidenden Fall - die Gefahren für schutzwürdige Rechtsgüter gegenüber der jetzigen Regelung nicht gravierend sind, dafür aber weitere Stolpersteine für die Verwirklichung des letzten Willens ausgeräumt werden, erscheint die Aufrechterhaltung des gegenwärtigen Zustandes nicht geboten.

Ob unter Angleichung an das fremdhändige Testament im österreichischen Recht und die Regelung im angelsächsischen sowie skandinavischen Rechtskreis bei nicht eigenhändigem Text zur zusätzlichen Sicherheit Unterschrift bzw. Anerkennung vor Zeugen und Beglaubigung durch diese auf der Urkunde erforderlich werden, soll erst im folgenden bei der Frage nach der Unterschrift erörtert werden. In diesen Zusammenhang gehört weiter das Problem nachträglicher Abänderungen.

d. Auswirkungen auf gegenwärtige Nichtigkeitsquellen

In der Konsequenz führt der Verzicht auf eigenhändige Textniederschrift nicht nur dazu, daß mechanische Hilfsmittel [389] oder die Unterstützung Dritter erlaubt werden, es werden damit auch Nichtigkeitsquellen ausgemerzt, die selbst in jüngster Zeit immer wieder zur Verwerfung einzelner Testamente geführt haben.

aa. Nicht eigenhändige Passagen eines handschriftlichen Testaments

Wenn der Erblasser selbst den Text ganz mit mechanischen Hilfsmitteln erstellen oder Dritten diktieren kann, ist es selbstverständlich ebenso unschädlich, daß in einem

ansonsten eigenhändig geschriebenen Testament einzelne Passagen auf diese Weise gefertigt sind. Was beim ganzen Text unbedenklich wäre, ist erst recht kein Grund zur Nichtigkeit, wenn es nur an einzelnen Stellen geschieht. Nicht nur würde sich die Frage erledigen, ob bei solchen Passagen § 2085 BGB unmittelbar oder entsprechend zum Bestand der eigenhändigen Verfügungen herangezogen werden kann; auch die nicht eigenhändigen Einschübe selbst wären wirksam.

Folgt man jedoch dem Verzicht auf eigenhändige Textniederschrift nicht, so bleibt aus der Sicht des Verfassers zu fordern, daß auch bezüglich der Formvorschriften eine § 2085 BGB entsprechende Regelung getroffen wird. Zwar wendet die herrschende Lehre § 2085 BGB bereits jetzt an, sofern Einschübe von fremder Hand oder mit Maschine im Gesamtgefüge des letzten Willens nur untergeordnete Bedeutung haben; wie schon ausgeführt, erscheint diese herrschende Lehre aber jedenfalls insoweit nicht haltbar, wie sie § 2085 BGB unmittelbar anwendet [390]. Zumindest um klarzustellen, daß die gegenwärtige Praxis vom Gesetzgeber gebilligt wird, wäre eine ausdrückliche gesetzliche Regelung wünschenswert.

bb. Bezugnahme auf nicht eigenhändige Schriftstücke

Weiter stellte sich das Problem der Bezugnahme auf nicht eigenhändige Schriftstücke nicht mehr in der Schärfe wie heute. Erinnert sei an den Fall, wo die Erblasserin auf ein durch Rücknahme aus der besonderen amtlichen Verwahrung als widerrufen geltendes Testament geschrieben hatte: "Das Testament hat Gültigkeit! B., den 5.11.1968. Gr. B." [391]

Hier bestünden keinerlei Bedenken, Wirksamkeit zu bejahen. Allerdings kann dies nicht schrankenlos für jede Bezugnahme gelten. Es muß verlangt

werden, daß der Bezugnahmevermerk in so engem räumlichen Verhältnis zu dem in Bezug genommenen Text steht,daß dessen nachträgliche unbemerkte Abänderung oder sogar Vertauschung unmöglich gemacht wird. Ließe man Bezugnahme auf maschinenschriftlich oder von fremder Hand erstellte Schriftstücke ohne räumliche Verbindung des Bezugnahmevermerks zu diesem Schriftstück zu, wäre eine Nachprüfung der Echtheit ausgeschlossen.

5. Unterschrift

Seit das Testamentsgesetz und nunmehr § 2247 Abs. 3, S. 2 BGB die Art und Weise des Unterschreibens faktisch in das Belieben eines jeden Testators gestellt haben, sofern sich seine Urheberschaft und die Ernstlichkeit seiner Erklärung feststellen lassen, sind weitergehende Erleichterungen beim Unterschreiben selbst nicht mehr möglich [392]. Allenfalls könnte man umgekehrt fragen, ob sich die Regelung bewährt hat oder in Angleichung an § 578 S. 1 ABGB die Rückkehr zur Namensunterschrift sinnvoll wäre. Insoweit hat jedoch die anfängliche Rechtsprechung des Reichsgerichts [393] und vor allem der Oberlandesgerichte [394] zur Genüge gezeigt, daß dies eine Vielzahl ernstgemeinter Verfügungen nichtig machen würde, eine Folge, die nicht vereinbar wäre mit dem Leitsatz: Jeder erkennbar geäußerte letzte Wille soll nach Möglichkeit verwirklicht werden.

a. Genereller Verzicht

Zu erwägen ist eher, ob bei dieser Zielvorstellung nicht ein völliger Verzicht auf die Unterschrift als zwingendes Formerfordernis angebracht wäre. Unterschrift könnte dann in einer bloßen Sollvorschrift angeregt werden, wie es bereits jetzt in § 2247 Abs. 2 BGB bezüglich der Zeit- und in Abs. 3, S. 1 bezüglich der Namensangabe der Fall ist.

aa. Vorteile

Folge wäre, daß die Herkunft eines Schriftstücks von dem jeweiligen Erblasser, die Verbindlichkeit als letztwillige Bestimmung und der Abschluß mit allen zulässigen Beweismitteln der Zivilprozeßordnung nachgewiesen werden könnten. Soweit die jetzigen Funktionen der Unterschrift von anderen Faktoren wahrgenommen würden, bliebe ihr Fehlen unschädlich.

bb. Nachteile

Gegen eine bloße Sollvorschrift spricht jedoch die Verkehrsanschauung. Der Verkehr erwartet, daß wichtige Schriftstücke von ihrem Aussteller handschriftlich gezeichnet sind [395]. Erst die Unterschrift gilt als sicheres Zeichen dafür, daß eine schriftliche Erklärung abgeschlossen ist und ihr Verfasser sie in der vorliegenden Gestalt gegen sich gelten lassen will. Im Umgang mit Behörden, im Geschäftsverkehr und zwischen Privatleuten bildet sie das übliche Bekenntnis des Schreibers zu dem, was er zu Papier gebracht hat. Ein Brief ohne Unterschrift löst Befremden aus; wenn er nicht in den Papierkorb wandert, führt er zumindest zu Rückfragen.

cc. Ergebnis

Somit fände eine gesetzliche Neuregelung, die ohne Rücksicht auf die Verkehrsanschauung gerade beim Testament, das bis heute in weiten Bevölkerungskreisen als eines der wichtigsten Rechtsgeschäfte angesehen wird, auf eigenhändige Unterschrift verzichten wollte, keinen Rückhalt in der Rechtsgemeinschaft; sie würde auf Unverständnis stoßen und ist daher abzulehnen.

b. Verzicht bei Selbstbenennung

Wenn gerade dargelegt wurde, der Aussteller bekunde erst mit seiner Unterschrift, daß ein Schriftstück abgeschlossen und wer dafür verantwortlich ist, so bleibt zu prüfen, ob dies immer gilt oder ob es auch hier Ausnahmen von der Regel gibt. Damit ist ein Problemkreis angesprochen, der bereits Fritz v. Hippel in seinem bekannten Werk Formalismus und Rechtsdogmatik [396] beschäftigt hat: Ist es unabdingbar erforderlich, Abschluß- und Identitätsfrage, also zwei Komplexe, durch das Erfordernis der einen Unterschrift am Ende des Testaments immer einheitlich zu beantworten?

Zur Veranschaulichung soll ein 1954 vom OLG Braunschweig entschiedener Streit herangezogen werden. Dabei ging es um ein Testament folgenden Inhalts: "B, den 21. September 1951 - Mein Testament - Ich, E.K., bestimme über meinen dereinstigen Nachlaß folgendes...", welches ohne Unterschrift endete: "B, den 21. September 1951." [397]

In Übereinstimmung mit dem geltenden Recht hat das Oberlandesgericht auf Nichtigkeit erkannt. Das Testament war zwar eigenhändig geschrieben, nicht jedoch, wie es § 2247 Abs. 1 BGB weiter verlangt, eigenhändig unterschrieben. Nach dem Gesetz war ihm daher die Wirksamkeit zu versagen, obwohl Zweifel an Ernstlichkeit, Herkunft oder Abschluß des geäußerten letzten Willens konkret nicht bestanden.

Bedenklich wird es jedoch, wo der Senat diese für ihn maßgebliche Regelung des Gesetzgebers als richtig und notwendig hinstellt. So lesen wir:

"Auf das Erfordernis der Unterschrift kann nicht verzichtet werden ... Das Fehlen der Unterschrift unter einer letztw. Vfg. läßt die Frage offen, ob die Erklärung vollendet war, und begründet die Vermutung, daß die Erklärung noch nicht wirksam werden sollte. Diese Vermutung kann dadurch, daß sich aus bestimmten Begleitumständen und aus einer etwaigen Beweisaufnahme Hinweise darauf ergeben, daß der Testator sein Testament auch ohne Unterschrift als abgeschlossen ansehen und es wirksam werden lassen wollte, nicht hinreichend entkräftet werden.... Es ist mithin kein leerer Formalismus, wenn daran festgehalten wird, daß ein privatschriftliches Testament eigenhändig geschrieben u n d u n t e r z e i c h n e t sein muß; sondern nur so kann dem Bedürfnis nach Rechtssicherheit in ausreichender Weise Rechnung getragen werden." 398

Offenbar genügte es dem Oberlandesgericht nicht, die unterlegene Partei mit einer "nur" gesetzestreuen Entscheidung zu bescheiden. Es wollte ihr darüber hinaus klarmachen, daß das Gesetz in seiner bestehenden Form auf unabdingbaren Forderungen der Rechtssicherheit basiere, der Beschluß mithin nicht allein positivistisch richtig sei.

Trifft diese Ansicht jedoch zu? Stimmt es wirklich, daß nur durch die Unterschrift "dem Bedürfnis nach Rechtssicherheit in ausreichender Weise Rechnung getragen" [399] wird? Oder ist nicht durch die Schlußbemerkung "B, den 21. September 1951" in gleicher Weise sichergestellt, daß der eingangs genannte E.K., an dessen Identität wegen der Selbstbenennung keine Zweifel bestehen, die Niederschrift seines letzten Willens abgeschlossen hatte und sich zu ihr bekennen wollte?

Wenn dem OLG Braunschweig zuzugeben war, daß es de lege lata richtig entschieden hat, so sind seine rechtspolitischen Argumente nicht so überzeugend, daß es die Frage schon beantwortet hätte, ob eine Trennung von Identitäts- und Abschlußfunktion de lege ferenda sinnvoll wäre.

aa. Nachteile

Das einzige Bedenken bei einem Verzicht auf die Einheitslösung von Abschluß- und Identitätsklarheit ist der Verlust an Einheitlichkeit. Das Gesetz würde komplizierter. In Zukunft wären sowohl Testamente gültig, bei denen der Erblasser in jetzt vorgeschriebener Weise beide Elemente in der Unterschrift verbindet, als auch Verfügungen, bei denen ein Testator wie E. K. Abschluß und Identität an verschiedenen Stellen der Niederschrift klarstellt.

bb. Vorteile

Vorteil einer nicht zwingenden, aber erlaubten Trennung von Abschluß- und Identitätsklarheit wäre, daß eine der Hauptquellen von Formfehlern versiegen würde, die bis heute immer wieder zur Unwirksamkeit letztwilliger Verfügungen geführt hat und bei der die Betroffenen den Sinn des Gesetzes nur schwer einzusehen vermögen [400]. Wie im Falle des E.K. bestehen bei Selbstbenennungen konkrete Zweifel an Ernsthaftigkeit, Abschluß und Herkunft eines Testaments in der Regel nicht.

cc. Ergebnis

Somit erscheint die zwingend vorgeschriebene Doppelfunktion der einen Unterschrift de lege ferenda als verfehlt, wenn man als Ziel verfolgt, nach Möglichkeit jedem erkennbar geäußerten letzten Willen zur Geltung zu verhelfen. Identitäts- und Abschlußfrage lassen sich getrennt stellen und getrennt beantworten. Dem OLG Braunschweig ist darin zuzustimmen, daß nicht aus "bestimmten Begleitumständen" oder aus einer "etwaigen Beweisaufnahme" [401] der Abschluß eines Testaments hergeleitet werden soll. Als deutlicher und sicherer Beweis und damit de lege

ferenda als erlaubte Form reicht es aber aus, wenn sich die Beendigung der Niederschrift und das Bekenntnis des Testators zu ihr aus der Urkunde selbst ergeben. Diesen Anforderungen genügt z.B. die von E. K. gewählte Angabe von Ort und Zeit der Errichtung; in Betracht kommt jeder Schlußvermerk, aus dem sich die Vollständigkeit der Erklärung zweifelsfrei ergibt.

Ein Beharren auf der Einheitslösung wäre um so bedenklicher, als gerade die etwas schwerfällige und unbeholfene Form der Selbstbenennung anscheinend gewählt wird, um es unter dem Eindruck, eine wichtige und schwerwiegende Erklärung zu Papier zu bringen, besonders gut und gründlich zu machen. Hier formelle Schranken ohne zwingenden Grund beizubehalten, erscheint in der Tat widersinnig, wie aus dem angeführten Beispiel hervorgeht. Warum sollte das Recht solchen Testamenten die Geltung versagen mit der Folge, daß gesetzliche Erbfolge zum Zuge kommt, was der Erblasser aus Gründen, die seiner freien Entscheidung und Verantwortung überlassen bleiben, gerade verhindern und durch die von ihm gewünschte Regelung ersetzen wollte?

Auch andere Bedenken zwingen nicht zu einer abweichenden Ansicht. Bei der Überprüfung eines generellen Verzichts auf Unterschrift war zu bedenken, daß an ihr schon deshalb festgehalten werden müsse, weil sie im Bewußtsein der Rechtsgemeinschaft als für die Wirksamkeit rechtlich relevanter Erklärungen erforderlich tief eingewurzelt ist. Dieser Gesichtspunkt gilt aber nicht bei der Selbstbenennung, falls sich - das muß betont werden - der Abschluß der Verfügungen anderweitig ergibt. Hier findet die Verkehrsanschauung keinen Grund, an der Verbindlichkeit der Äußerung dessen zu zweifeln, der sich bei der Niederlegung seines letzten Willens bereits eingangs

dem Leser vorstellt, ein Umstand übrigens, der wohl mit dazu geführt hat, daß diese Quelle der Nichtigkeit im bisherigen Recht immer wieder ihre Opfer gefordert hat. Bedenken wegen der Regelungen in den Nachbarländern sind nicht durchschlagend. Die angeregte Ausnahme von dem Unterschriftserfordernis ist so geringfügig, daß sie der wünschenswerten Rechtsvereinheitlichung nicht im Wege steht. Im übrigen wird die Selbstbenennung auch nach ihrer Gestattung Ausnahme bleiben.

dd. Auswirkungen auf gegenwärtige Schwierigkeiten
Wie die Zulassung von fremdhändigen bzw. maschinengeschriebenen Testamenten hat auch der Verzicht auf die Unterschrift bei Selbstbenennung des Erblassers eingangs des Textes Auswirkungen auf andere Fallgruppen, wenngleich diese Auswirkungen nicht so gravierend sind.

(1) Nachträge und spätere Abänderungen
Für Nachträge und spätere Abänderungen ergeben sich folgende Konsequenzen. Ein eigenhändiger Nachtrag, der auf die Testamentsurkunde selbst gesetzt ist, muß nicht unbedingt erneut unterschrieben sein. Genügt Selbstbenennung zur Klärung der Identität, ist es ebenfalls ausreichend, wenn sich die Person des Erblassers aus dem unter dem bisherigen Text befindlichen Namenszug ergibt. Zur Klarstellung des Abschlusses sind mit Orts- und Zeitangabe etc. dieselben Schlußvermerke wie sonst zugelassen.

Bei späterer Abänderung im Text ändert sich beim eigenhändigen Testament nichts. Wie schon im geltenden Recht gelten solche Abänderungen als von der Unterschrift mit

gedeckt [402]. Dagegen muß bei fremdhändigen Verfügungen erneute Unterschrift bzw. ein sonstiger eigenhändiger Abschlußvermerk gefordert werden, durch den klar wird, daß auch die Abänderung vom Willen des Erblassers gedeckt ist.

(2) Räumliches Verhältnis der Unterschrift zum Text

Was die räumliche Stellung der Unterschrift oder eines sonstigen Schlußvermerks anbelangt, muß auf die Ausführungen de lege lata verwiesen werden. Dies gilt insbesondere für die dort eingehend behandelte Unterschrift auf dem Testamentsumschlag [403]. Da die Gefahr, daß der Inhalt ausgetauscht wird, durch bloße Unterzeichnung auf dem Umschlag nicht beseitigt wird und bei Verzicht auf eigenhändige Niederschrift des Textes noch wächst, ist ansonsten die erforderliche Sicherheit gegen Verfälschungen des letzten Willens nicht gegeben.

Gerade die Zulassung fremdhändiger bzw. maschinenschriftlicher Testamente, bei denen der Erblasser nur noch die Unterschrift eigenhändig leistet, setzt voraus, daß diese in so engem räumlichen Verhältnis zum Text steht, daß eine Trennung ohne gleichzeitige Beschädigung oder Vernichtung des Inhalts unmöglich wird. Ein Abstellen auf den subjektiven Willen des Testators, wie es der Bundesgerichtshof in seiner jüngsten Entscheidung hierzu getan hat [404], wäre de lege ferenda noch schädlicher als jetzt schon de lege lata.

ee. Sonderfall: Selbstbenennung bei fremdhändigem Testament

Die Argumente für die hier vorgeschlagene Befugnis des Erblassers zur Trennung von Abschluß- und Identitätsklarheit sind zugeschnitten auf das eigenhändige Testament. Schwierigkeiten ergeben sich, sobald Eigenhändigkeit nicht mehr zu den konstitutiven Elementen eines privatschriftlichen Testaments gehört.

Oben wurde aufgezeigt, daß der Verzicht auf ein eigenhändiges Abschlußbekenntnis des Testators ein zu hohes Verfälschungsrisiko bedeuten und in Widerspruch zu den üblichen Formen des rechtsgeschäftlichen Verkehrs stehen würde [405]. Bei fremdhändigen oder maschinengeschriebenen Testamenten müßte folglich nicht die die Identität klarstellende Selbstbenennung eingangs des Textes von eigener Hand des Testators geschrieben sein, sondern der Abschlußvermerk, das heißt die Angabe von Ort und Zeit der Errichtung etc. . Erst damit könnte der Erblasser das geforderte eigenhändige Bekenntnis zu den darüber stehenden Verfügungen leisten. Eigenhändige Namenszeichnung im Text würde nichts nutzen: Jedenfalls aus der Urkunde wäre nicht klar, ob der Erblasser sich die nachfolgenden nicht eigenhändigen Ausführungen zu eigen macht.

Ein maschinenschriftliches Testament als gültig zuzulassen, das statt mit dem Namen z.B. mit eigenhändiger Orts- und Zeitangabe abgeschlossen ist, erscheint aber nicht ratsam. Zwar bestünden keine grundsätzlichen Schwierigkeiten, wie bei der Unterschrift notfalls mit Sachverständigenhilfe die Herkunft von dem nachzuweisen, der im Text als

Aussteller bezeichnet wird, obwohl die besonders ausgeprägten Formen des Namenszuges das erleichtern mögen; es widerspräche jedoch der Verkehrssitte. Trotz des Bestrebens, die Errichtung von Testamenten zu erleichtern, wäre es deplaciert, eine so schwerwiegende Neuerung, die im Verkehr nirgendwo sonst bekannt ist, gerade im Testamentsrecht durch Gesetz einzuführen. Wer sich der Selbstbenennung bedient, muß dies eigenhändig tun. Ihm können die Erleichterungen, die für das "normale" mit Unterschrift versehene Testament angeregt wurden, nicht zugestanden werden.

c. Beglaubigung durch Zeugen

Zu erwägen bleibt noch, ob beim fremdhändigen Testament der durch den Wegfall der eigenhändigen Textniederschrift geminderte Schutz vor Manipulationen Dritter dadurch kompensiert werden sollte, daß Beglaubigung der Unterschrift durch Zeugen vorgeschrieben wird. Eine Bestätigung der Unterschrift durch drei Zeugen, die wissen, daß es sich um eine Testamentserrichtung handelt, entspräche der österreichischen Regelung in § 579 ABGB. Auch die §§ 40, 42 des dänischen Erbgesetzes und Sec. 9 des englischen Wills Act von 1852 sehen Anwesenheit und schriftliche Beglaubigung von Zeugen vor, begnügen sich allerdings mit der geringeren Zahl von zweien.

aa. Vorteile

Hauptgesichtspunkt wäre die bereits angeführte größere Sicherheit für die Authentizität der Urkunde. Wer eine Unterschrift fälschen oder ein Schriftstück zum Unterschreiben unterschieben wollte, müßte sich immerhin der Hilfe zusätzlicher Personen vergewissern. Einer allein würde wegen der notwendigen Beglaubigung und gegebenenfalls Beeidigung durch Zeugen nicht ausreichen.

bb. Nachteile

Die größere Sicherheit ginge jedoch auf Kosten der einfacheren Handhabung. Gerade um die Errichtung eines Testaments zu erleichtern, wurde auf eigenhändige Textniederschrift verzichtet. Wenn nunmehr Zeugen hinzugezogen werden müßten, wäre das umständlicher als die jetzige Regelung. Auch käme es zu einer Verkomplizierung der Formen. Es gäbe ein ordentliches Privattestament, das ohne Zeugen aber dafür eigenhändig, und ein weiteres, das vor obligatorischen Zeugen aber mit fremder Hilfe errichtet werden könnte. Das könnte zu Verwirrung und zusätzlichen Fehlerquellen führen. Weiterhin ist dem deutschen Recht eine Beglaubigung durch Private fremd. Zeugen dienen zum Beweis für Willenserklärungen; ihr Mitwirken zwecks Formerfüllung wäre ein Rückfall in Zeiten, bevor sich die Schriftform durchsetzen konnte[406].

cc. Ergebnis

Bei einer Abwägung der Vorteile und des zu erwartenden Schadens scheint ein Hinzuziehen von Zeugen beim fremdhändigen Testament nicht erforderlich. Wenn es zum Streit um die Echtheit kommt, werden sich Sachverständige mit der blossen Unterschrift begnügen können. Für eine gerechte Risikoverteilung sorgt dann die Beweislast. Den Nachweis dafür, daß ein Testament wirklich von dem jeweiligen Erblasser stammt, haben die darin Bedachten zu führen, weil sie sich auf die Urkunde berufen [407]. Insoweit geht der Verfasser eines fremdhändigen Testaments ein größeres Risiko ein als der von eigenhändigen Verfügungen. Entscheidender ist jedoch der Gesichtspunkt, daß Beglaubigung durch Private dem Rechtsverkehr ansonsten fremd ist. Bei einem zu komplizierten Testamentsrecht, das sich vor allen

Eventualitäten schützen möchte, bleibt zu befürchten, daß die Schutzvorkehrungen der Verwirklichung des letzten Willens gefährlicher werden als die Gefahren, vor denen sie schützen sollen.

6. Generalklausel entsprechend § 2249 Abs. 6 BGB

Selbst wenn die bisherigen Vorschläge de lege ferenda Wirklichkeit werden, bietet auch ein modifizierter § 2247 BGB noch keine Gewähr dafür, daß nicht doch der eine oder andere Testator sich in den Fußangeln der Form verfängt. Es ist immer wieder erstaunlich zu sehen, welche Fehler rechtsunkundigen Mitbürgern gerade dann unterlaufen, wenn sie sich besonders klar und deutlich ausdrücken oder es besonders sicher machen wollen.

Da jedoch nach den bisherigen Ausführungen ein Minimum an Formen notwendig bleibt, ist zu erwägen, ob nicht eine Generalklausel sinnvoll wäre, die sich in ihrem Wortlaut an Absatz 6 des § 2249 BGB (Nottestament vor einem Bürgermeister oder Gutsbezirksvorsteher) anlehnen könnte [408].

a. Vorteile

Damit wäre erreicht, daß bei grundsätzlicher Beibehaltung generell notwendiger Formen im Einzelfall doch der erkennbar geäußerte Wille über die Form obsiegen würde. Zwar ist nicht zu verkennen, daß der Gesetzgeber für die in § 2249 Abs. 6 BGB vorgenommene Modifizierung von § 125 S. 1 BGB besondere Gründe hatte. Der Testator sowie die von ihm Bedachten sollten vor den Folgen mangelnder Rechtskenntnisse der in der Beurkundung ungeübten Bürgermeister und der Fiskus vor Regreßansprüchen geschützt werden. Die Entstehungsgeschichte einer Vorschrift hindert jedoch nicht, ihre Anwendung auf andere Bereiche zu überdenken.

b. Nachteile

Bei den Nachteilen kann im wesentlichen auf die Ausführungen des ersten Teils verwiesen werden. Gegen eine Übertragung des § 2249 Abs. 6 BGB auf das privatschriftliche Testament spricht der dadurch hervorgerufene Verlust an Rechtssicherheit. Gerade bei der Verbissenheit in Erbschaftsstreitigkeiten ist zu befürchten, daß eine solche Klausel dem Kampf zwischen gesetzlichen und testamentarischen Erben ein neues Feld eröffnen würde. Es käme zu Prozessen, die sich durch eine klare gesetzliche Regelung vermeiden ließen. Im übrigen kann nicht ausgeschlossen werden, daß mangels sicherer Kriterien für eine trotz formeller Mängel zuverlässige Wiedergabe der Erklärung ein am Inhalt orientiertes Billigkeitsgefühl den Ausschlag geben würde. Eine inhaltliche Kontrolle seines letzten Willens braucht sich jedoch ein Erblasser bis auf die Grenzen des § 138 Abs. 1 BGB nicht gefallen zu lassen.

c. Ergebnis

Damit ist eine Generalklausel zur Heilung von Formfehlern abzulehnen. Auch in den Nachbarländern führen Formverstöße zur Nichtigkeit. Wer Formvorschriften für notwendig hält, muß bereit sein, den Preis für den Schutz der Formen zu zahlen. Daß dieser Preis möglichst gering gehalten wird, war mit Anliegen dieser Arbeit.

V. Fassung des § 2247 BGB de lege ferenda

Als Ergebnis der bisherigen Überlegungen ergibt sich nunmehr folgender Vorschlag für eine Neufassung des § 2247 BGB und damit der Formerfordernisse des privatschriftlichen Testaments, wobei die Absätze aus Gründen der Übersichtlichkeit umgestellt wurden.

§ 2247 BGB. (Privatschriftliches Testament)

(1) Der Erblasser kann ein Testament durch eine eigenhändig unterschriebene Erklärung errichten.

(2) [1]Die Unterschrift soll den Vornamen und den Familiennamen des Erblassers enthalten. [2]Unterschreibt der Erblasser in anderer Weise und reicht diese Unterzeichnung zur Feststellung der Urheberschaft des Erblassers und der Ernstlichkeit seiner Erklärung aus, so steht eine solche Unterzeichnung der Gültigkeit des Testaments nicht entgegen. [3]Ergibt sich die Identität des Erblassers aus dem Testament und ist dessen Abschluß in sonstiger Weise erkennbar, so ist bei eigenhändig errichteter Erklärung der Mangel der Unterschrift unschädlich.

(3) [1]Der Erblasser soll in der Erklärung angeben, zu welcher Zeit und an welchem Ort er sie niedergeschrieben hat. [2]Enthält ein nach Abs. 1 errichtetes Testament keine Angabe über die Zeit der Errichtung und ergeben sich hieraus Zweifel über seine Gültigkeit, so ist das Testament nur dann als gültig anzusehen, wenn sich die notwendigen Feststellungen über die Zeit der Errichtung anderweitig treffen lassen. [3]Dasselbe gilt entsprechend für ein Testament, das keine Angabe über den Ort der Errichtung enthält.

(4) Wer minderjährig ist oder Geschriebenes nicht zu lesen vermag, kann ein Testament nicht nach obigen Vorschriften errichten.

Anmerkungen

*) Im folgenden werden die Begriffe privatschriftliches, eigenhändiges und holographisches Testament bezüglich des BGB de lege lata synonym gebraucht

1) Vgl. etwa die widersprüchliche Rspr zur Frage der Unterschrift auf dem Testamentsumschlag; zuletzt noch OLG Frankfurt NJW 1971, 1811 = MDR 1971, 928 = Jur Büro 1971, 847 = Rpfleger 1971, 355 und OLG Düsseldorf NJW 1972, 260

2) Vgl. z.B. F. Leonhard, BGB, 5. Buch, 2. Aufl. 1912, § 2231, III., A. (S. 376);
J. Petersen, Die Berufung zur Erbschaft, 1889, IV., § 9 (S. 61);
E. Hölder, Das eigenhändige Testament, JheringsJ 41 (1900), 303(327)

3) Z.B. Motive, Mugdan, Materialien, V. Bd., 1899, 135/136 (S. 257/258);
Protokolle, a.a.O., 697/698 (S. 7170/7171);
zu den Argumenten dafür vgl. besonders den Bericht der Reichstagskommission, a.a.O., 886ff. (S. 16ff.)

4) H. Pötzsch, Hat das privatschriftliche Testament noch Daseinsberechtigung?, NJ 1951, 361

5) Zur Wiedereingliederung des TestG in das BGB vgl. die Gegenüberstellung bei Dittmann.Reimann.Bengel, Testament und Erbvertrag, 1972, Vorbem § 2229, Rdn 39 (S. 107)

6) Zur Geschichte des privatschriftlichen Testaments vgl. W. Brock, Das eigenhändige Testament, 1900;
F.W.K. Beckhaus, Grundzüge des gemeinen Erbrechts, 1. Abtheilung, 1860, 1. Kap., 2. Abschn.,III.,A, § 41 (S. 81-85);
vgl. auch die frühe Rspr zu § 2231 Nr. 2 BGB aF, in dem noch Bezug auf das französische Recht (Art. 970 Code civil) genommen wurde, z.B. RGZ 7, 292; 63, 23; RG JW 1901, 814; KG(J) 21(1901), Nr. 56(A)

7) H. Lange, Das Recht des Testamentes, 1. Denkschrift des Erbrechtsausschusses der Akademie für Deutsches Recht, 1937, S. 52/53;
Ders., Zur Frage des handgeschriebenen Testaments, JAKDR 1936, 129(135): "Der wesentliche Grund, der für die Aufrechterhaltung des eigenhändigen Testamentes spricht, ist jedoch seine Volkstümlichkeit."

8) Ders., Zur Frage des handgeschriebenen Testaments, JAKDR 1936, 129(132): "Es ermöglicht es aber erst recht einem pflichtvergessenen Erblasser, ohne Überwachung durch die Gemeinschaft im stillen Kämmerlein sich unüberlegten persönlichen Eingebungen zu überlassen, sich hier ohne Hemmungen von Verärgerung, hämischer Gesinnung oder sittlicher Minderwertigkeit leiten zu lassen und dadurch pflicht- und gemeinschaftswidrig zu verfügen.";

auch in Österreich ist das eigenhändige Testament statistisch gesehen die überwiegende Testamentsform: F. Gschnitzer, Lehrbuch des österreichischen bürgerlichen Rechts, Erbrecht, 1964, § 12, A (S. 31)

9) Ein Teil davon wird im folgenden dargestellt werden

10) So H. Dernburg, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens, 5. Bd., Deutsches Erbrecht, 1905, 1. Hauptt., 2. Abschn., 2. Titel, § 28,III. (S. 70); Dernburg allerdings zustimmend U. v.Lübtow, Erbrecht, 1. Hbd., 1971, 1. Hauptt., 5. Kap.,§ 2.,D.I. (S. 130)

11) Zu Mißständen des § 2231 Nr. 2 BGB aF vgl. insbesondere F. v.Hippel, Formalismus und Rechtsdogmatik, 1935

12) Staudinger-Boehmer, BGB, 11. Aufl. 1954, Einleitungen und Erläuterungen zu § 1922 BGB, § 23, IV, 1., Rdn 9 (S. 145/146);
P. Mikat, Erbrecht, in: Staatslexikon, 6. Aufl. 1958, S. 1214(1218/1219) mit Vergleich zur Regelung der WeimRV;
vgl. auch Th. Kipp, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 5. Bd., Das Erbrecht, 8. Aufl. 1930, § 1, I (S. 1): "Ohne das Erbrecht wäre das Privateigentum eine Halbheit; wir wären in Ansehung unseres Erwerbs nicht viel mehr als lebenslängliche Nießbraucher."

13) H. Brox, Erbrecht, 3. Aufl. 1974, Rdn 24

14) H. Lange, Zur Frage des handgeschriebenen Testaments, JAKDR 1936, 129(131)

15) Ders., Lehrbuch des Erbrechts, 1962, § 16, I (S. 148)

16) G. Less, Vom Wesen und Wert des Richterrechts, Erlanger Habil 1954, 6 (S. 74);
K. Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 2. Aufl. 1969, I, Kap. 4 (S. 86ff.)

17) J. Esser, Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, 2. Aufl. 1964;
beachte allerdings die herbe Kritik bei H.H. Rupp, Die Bindung des Richters an das Gesetz, Zur Theorie und Praxis der Rechtsanwendung, NJW 1973, 1769(1771)

18) J. Esser, a.a.O., 4. Teil, Kap. XII, 6. (S. 262)

19) Ders., a.a.O., 4. Teil, Kap. XIII, 5. (S. 288)

20) Ders., a.a.O., 1. Teil, Kap. IV, 2. (S. 63)

21) R. Fischer, Die Weiterbildung des Rechts durch die Rechtsprechung, Schriftenreihe der juristischen Studiengesellschaft Karlsruhe, Heft 100, 1971, S. 20/21

22) J. Esser, Wandlungen von Billigkeit und Billigkeitsrechtsprechung im modernen Privatrecht, in: summum ius, summa iniuria, 1963, S. 22(31) spricht von einer "kopernikanische(n) Wendung zum Recht des einzelnen als Zentrum der Rechtswelt" durch das Aufklärungsdenken

23) W.J. Habscheid, Über das Verhältnis Richter und Recht, in: Beiträge zum Richterrecht, 1968, Heft 5, III., 1., a (S. 14/15): "Eine Partei, der vom Richter auf ihr billiges Begehren hin gesagt wird, das Gesetz versage ihr ein Recht, ..., wird einen solchen Spruch nicht nur als unbillig, sondern auch als ungerecht erachten."

24) G. Boehmer, Grundlagen der bürgerlichen Rechtsordnung, 2. Buch, 2. Abt., 1952, 2. Kap., § 25, V, 2 (S. 77): " 'Ordnung um der Ordnung willen' ist das eine der großen Grundprinzipien, auf denen jede Rechtsordnung ruht."

25) Zit. nach: G. Radbruch, Rechtsphilosophie, 7. Aufl. 1970, (Hrsg. E. Wolf), I, § 10, 2 (S. 181)

26) Ders., a.a.O., I, § 13 (S. 197);
nach Radbruch a.a.O. ist "das Rechtsgefühl von Laien und Juristen an entgegengesetztem Maßstabe zu messen ...: das Rechtsgefühl des Juristen daran, wie schwer er sich mit einer Ungerechtigkeit des gesetzten Rechts abfindet, das Rechtsgefühl des Laien daran, ob er sich überhaupt mit einer Ungerechtigkeit gesetzten Rechts im Interesse der Rechtssicherheit abzufinden vermag."

27) H.J. Hirsch, Richterrecht und Gesetzesrecht, JR 1966, 334(341)

28) VOBl. Brit. Zone 1948, S. 263

29) BVerfGE 2, 380(403); 3, 225(237); 7, 89(92); 13, 261 (271); 18, 70(81); 24, 75(98); 24, 220(229); 29, 413 (432); 30, 272(285); 30, 392(401); 31, 222(225);
vgl. auch die Entscheidung des BVerfG in NJW 1953, 1137(1138), in der unter Berufung auf die Beratungen zu § 79 BVerfGG erklärt wurde, daß in bestimmten Fällen "der Rechtsfrieden und die Rechtssicherheit dem Rechtsschutz des einzelnen vorgehe".

30) Staudinger-Firsching, BGB, 10./11. Aufl. 1960, § 2231, Rdn 11;
Wagner, Formalismus in der bürgerlichen Rechtspraxis, DR 1934, 359(359)

31) BVerfGE 20, 323(331); 22, 322(329)

32) BVerfGE 19, 150(166) sowie Fn 31

33) BVerfGE 3, 225(237); 15, 313(319); 22, 322(329)

34) D 50. 17. 90

35) R. Fischer, Die Weiterbildung des Rechts durch die Rechtsprechung, Schriftenreihe der juristischen Studiengesellschaft Karlsruhe, Heft 100, 1971, S. 29

36) Zum Teilbereich des Prozeßrechts vgl. die Habilitationsschrift von M. Vollkommer, Formenstrenge und prozessuale Billigkeit, Dargestellt am Beispiel der prozessualen Schriftform, Zur Überwindung des Formformalismus in der Rechtsprechung, Münchener Universitätsschriften, Reihe der juristischen Fakultät, Bd. 25, 1973

37) H. Lange, Zur Vergangenheit und Zukunft der Formen im Vermögensrecht, DNotZ 1934, 891(893)

38) Früher wurde die Einhaltung der Form als Solemnitätsakt verstanden; vgl. W. Brock, Das eigenhändige Testament, 1900, 1. Buch, 1. Kap. / 2. Buch, 1. Kap., § 1 (S. 5/68); H. Eisenberg, Die Formerfordernisse des einfachen eigenhändigen Testaments in der Rechtsprechung des Reichsgerichts, Kölner Diss 1927, E. (S. 59); zur heutigen Situation vgl. z.B. H. Coing, Anm. zu OLG Stuttgart NJW 1949, 755 = DRZ 1949, 521, NJW 1949, 755 (755) sowie im Anschluß daran E. Natter, ebenfalls Besprechung der o.g. Entscheidung, DRZ 1949,522(523); zur Form auch H. Lange, Lehrbuch des Erbrechts, 1962, 4. Abschn., § 16, IV, 1 (S. 153)

39) Zum Zweck der Schriftform vgl. G. Boehmer, Privattestamente mit vorgedruckter Ortsangabe, ZAKDR 5(1938), 264(265);
B. Herrmann, Die Anerkennung formungültiger letztwilliger Verfügungen, Bonner Diss 1969, S. 3;
J. Binder, Bürgerliches Recht, Erbrecht, 2. Aufl.1930, II., 1. Kap., § 7, II. (S. 15);
Dittmann.Reimann.Bengel, Testament und Erbvertrag, 1972, A 84-87 (S. 27/28);
W. Lorenz, Das Problem der Aufrechterhaltung formnichtiger Schuldverträge, AcP 156(1957), 381(393/394);
H. Eisenberg, a.a.O., B., I. (S. 2);
KG JW 1938, 1720(1720);
dieselben Gründe wie beim Privattestament nennt Vollkommer, a.a.O., 1. Hauptt., 2. Kap., § 18, I (S. 121) für den Eigenhändigkeitsgrundsatz bei der Unterschriftsleistung im Zivilprozeß

40) K. Heldrich, Die Form des Vertrages, AcP 147(1941), 89(91/92) unterscheidet sogar acht Zwecke der (schuldrechtlichen) Formvorschriften

41) Zur falschen Zeitangabe vgl. RGZ 7, 292; RG JW 1901, 814;
zur vorgedruckten Ortsangabe vgl. KG(J) 21(1901), Nr. 56(A); OLG Rostock SeuffA 83, 360;
für das gemeinschaftliche Testament KG JW 1938, 1720;
gerade wegen dieser Vielzahl nichtiger Testamente aus dieser Zeit die in Fn 35 angeführte Stellungnahme von R. Fischer gegen H.J. Hirsch

42) F. v.Hippel, Rechtsform und Rechtsformalismus, Gedanken zur Frage der Rechtserneuerung durch die Gerichte und zur Entscheidung des Landgerichts Hamburg v. 24. Dezember 1937 (JW. 1938, 107), aufgehoben durch Kammergerichtsbeschluß v. 3. Februar 1938 (JW. 1938, 680), JW 1938, 625(627)

43) RG JW 1908, 336 = DJZ 13(1908), 647 m.abl.Anm. A. Weißler, Rechtsprechung in Nachlaßsachen, DNotZ 8 (1908), 479

44) Vgl. zu diesen Praktiken G. Boehmer, Grundlagen der bürgerlichen Rechtsordnung, 2. Buch, 1. Abt., 1951, 3. Kap., § 17, F., II. (S. 183)

45) KG OLG Rspr 20(1910), 428(428);
als weiteres bezeichnendes Beispiel OLG München JFG 14(1937), Nr. 20

46) KG OLG Rspr 20(1910), 428(429/430)

47) KG OLG Rspr 20(1910), 428(430/431)

48) KG OLG Rspr 20(1910), 428(431)

48* KG(J) 39(1910), Nr. 16(A) = DJZ 15(1910), 653(Auszüge) =BlfRA 75(1910), 183(183)

49) KG SeuffA 58, 23(25)

50) KG OLG Rspr 30(1915), 212

51) KG Das Recht 8(1904), 450 Nr. 1856

52) Zu den Einzelheiten der Selbstbenennung später in B. II. 2. a. (S. 83ff.) sowie C. IV. 5. b. (S. 134ff.)

53) Zu den Einzelheiten der Unterschrift auf dem Testamentsumschlag ebenfalls später in B. II. 2. b. (S. 85ff.) und C. IV. 5. b. dd. (2) (S. 139ff.)

54) Für Aufrechterhaltung auch bei Formfehlern i.d. älteren Literatur z.B. E. Danz, Rechtsprechung nach der Volksanschauung und nach dem Gesetz, JheringsJ 54(1909), 1(63);
Ders., Können Testamente mit Formfehlern aufrechterhalten werden?, DJZ 14(1909), 281(284/285);
Ders., Richterrecht, 1912, S. 210/211/216;
dagegen vor allem F. Endemann, Das eigenhändige Testament im Lichte der Praxis, DJZ 19(1914), 22(25) = DNotZ 14(1914), 137(141/142);
vgl. auch W. Schmidt-Rimpler, Grundfragen einer Erneuerung des Vertragsrechts, AcP 147(1941), 130(134): "Das Lebensbedürfnis der Gemeinschaft nach Ordnung geht über an sich gerechtfertigte Belange der Gemeinschaftsglieder hinweg."

55) Zu welchen Konsequenzen für die Glaubwürdigkeit der Rspr das jedoch führen kann, hat F. v.Hippel, Formalismus und Rechtsdogmatik, 1935, treffend dargelegt

56) Vgl. die in A. II. 1. (S. 12ff.) aufgeführten Fälle

57) H. Göcker, Die Heilung von Mängeln im Zivilprozeß, Jenaer Diss 1933, IV. Kap., I (S. 56ff.)

58) Vgl. dazu ausführlich M. Vollkommer, a.a.O.,IV.Hauptt., 8. Kap., § 38, IV (S. 362/363), insbes. Fn 8-11

59) H. Hagen, Formzwang und Formzweck im Zivilprozeß, JZ 1972, 505(508-510)

60) RGZ 126, 257(258/259); RG WarnRspr 1936, 317(318) Nr. 166; KG JW 1938, 1720(1720/1721); OLG Karlsruhe NJW 1974, 1388(1388)

61) H. Bartholomeyczik, Die Kunst der Gesetzesauslegung, 4. Aufl. 1967, 1. (S. 13)

62) H. Hagen, a.a.O. (508)

63) H. Wüstendörfer, Die deutsche Rechtsprechung am Wendepunkt, AcP 110(1913), 219(327ff.)

64) Ständige Rspr, daß es kein allgemeines Prinzip der Heilung durch Erfüllung gibt, so etwa BGH NJW 1967, 1128(1131) unter Ablehnung der Gegenmeinung mit Nachw.; aus der Literatur z.B. D. Reinicke, Rechtsfolgen formwidrig abgeschlossener Verträge, 1969, 1. Kap., II, 1 (S. 21) mit Nachw. auch für die Gegenmeinung

64* BayObLGZ 1968, 311(315);
U. v.Lübtow, Erbrecht, 1. Hbd. 1971, 1. Hauptt., § 6, A, I (S. 265);
aus der älteren Literatur Mantey, Das Erforderniß richtiger Datirung des holographischen Testaments (§ 2231 Nr. 2 B.G.B.), Gruchot 43(1899), 641(642);
nicht unbestritten: vgl. etwa aus der älteren Literatur E. Danz, Das Blindentestament, JW 1914, 385(390); Ders., Können Testamente mit Formfehlern aufrechterhalten werden?, DJZ 14(1909), 281(285);
vgl. ausführlich in B. I. 3. (S. 61ff.)

65) Palandt-Heinrichs, BGB, 34. Aufl. 1975, § 242, 3, a

66) H. Dölle, Pflicht zur redlichen Prozeßführung?, in: Festschrift für Otto Riese, 1964, S. 279(288)

67) So noch RGZ 52, 1(5) (Entscheidung aus dem Jahre 1902); zur Entwicklung der Rspr vgl. BGHZ 16, 334(336/337); 23, 249(255/256);
J. Gernhuber, Formnichtigkeit und Treu und Glauben, in: Festschrift zum 70. Geburtstag von Walter Schmidt-Rimpler, 1957, S. 151(151ff.)

68) RG WarnRspr 1908, Nr. 38 (Entscheidung aus dem Jahre 1907); RGZ 153, 59(60/61); 169, 65(73-75)

69) BGHZ 12, 286(303) = DNotZ 1954, 307(310/311)

70) BGHZ 23, 249

71) BGHZ 23, 249 setzt sich mit Kritikern und Befürwortern seiner bisherigen Rspr auseinander; vgl. dort die ausf. Nachw. zu Literatur und Rspr (252-257)

72) Ausf. Nachw. für beide Meinungen bei Palandt-Heinrichs BGB, 34. Aufl. 1975, Einf v § 145, 5, a;
sehr ausf.auch die ablehnende Darstellung bei Erman-Hefermehl, BGB, 5.Aufl. 1972, Vor § 145, VI, 1-4

73) BGHZ 23, 249(261)

74) Motive, Mugdan, Materialien, I. Bd., 1899,453 (S.183)

75) J. Gernhuber, Formnichtigkeit und Treu und Glauben, in: Festschrift zum 70. Geburtstag von Walter Schmidt-Rimpler, 1957, S. 151(157)

76) BGHZ 30, 315(322) = BGH NJW 1959, 1965; bestätigt in BGH NJW 1961, 410(412)

77) Der Begriff "tastende Billigkeitsurteile" findet sich bei J. Esser, Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, 2. Aufl. 1964, 4. Teil, Kap. XIII, 3. (S. 277)

78) Vgl. BGH NJW 1965, 812 im Vergleich zu BGHZ 16, 334; zur erstgen. Entscheidung Kritik bei W. Lorenz, Rechtsfolgen formnichtiger Schuldverträge - BGH, NJW 1965, 812, JuS 1966, 429

79) Z.B. BGHZ 29, 6(10); BGH NJW 1965, 812(813); BGH NJW 1968, 39(42) mit jeweils ausf. weiteren Nachw.; vgl. auch die ausf.Hinweise in BGH NJW 1975, 43(43)

80) BGH NJW 1970, 2210(2211)

81) Grundsätzlich einen Erfüllungsanspruch bejahend z.B. J. Gernhuber, a.a.O. (165-167)

82) BGHZ 23, 249(254)

83) Z.B. BGHZ 29, 6(10); 45, 179(182); BGH NJW 1970, 2210 (2211); BGH DNotZ 1969, 478(479)

84) BGHZ 23, 249(254)

85) H. Coing, Form und Billigkeit im modernen Zivilrecht, DNotZ 1965, 29(45) (Anhang Deutscher Notartag 1965)

86) F. Wieacker, Stillschweigende Hoferbenbestimmung?, DNotZ 1956, 115(121)

87) Ders., a.a.O. (121)

88) BGH NJW 1975, 827(828) läßt im Falle des Widerrufs eines gemeinschaftlichen Ehegattentestaments zwar den Einwand der unzulässigen Rechtsausübung zu; gemäß § 2271 Abs. 1, S. 1 BGB erfolgt der Widerruf wechselbezüglicher Verfügungen unter Ehegatten aber gerade nach den Vorschriften über den Rücktritt von einem Erbvertrag

89) H. Waldmüller, Die "königlichen Paragraphen" 157, 242 BGB, Bonner Diss 1940

90) Soergel-Siebert-Knopp, BGB, 10. Aufl. 1967, § 242, Rdn 4;
Palandt-Heinrichs, BGB, 34.Aufl.1975, § 242, 1,a,bb

91) Gegen Anwendung von § 242 BGB im Erbrecht aus der Literatur:
Palandt-Heinrichs, BGB, 34.Aufl.1975, § 125, 6, B;
J. Gernhuber, a.a.O. (157) unter Bejahung der bisherigen Rspr;

D. Reinicke, Rechtsfolgen formwidrig abgeschlossener Verträge, 1969, 2. Kap., C V/VI (S. 86/87); daß BGH NJW 1975, 827 dazu keinen Widerspruch bildet, wurde bereits in Fn 88 aufgewiesen

92) Vgl. dazu die in Fn 45 schon zit. Entscheidung KG OLG Rspr 20(1910), 428 sowie die fast gleichlautende Entscheidung KG(J) 39(1910), Nr.16(A) = DJZ 15(1910), 653(Auszüge) = BlfRA 75(1910), 183 in Fn 48*; BayObLG JFG 7(1930), Nr. 23

93) Für diesen Fall will D. Reinicke, a.a.O. (86), Schadensersatz gewähren, der in Herausgabe der Erbschaft bestehen soll

94) F. Scholz, Die Rechtssicherheit, 1955, III., 15., a (S. 59/60)

95) F. Scholz, a.a.O. (59)

96) BVerfGE 3, 225(232)

97) Zur Kritik daran vgl. H. Lange, Zur Vergangenheit und Zukunft der Formen im Vermögensrecht, DNotZ 1934, 891(893); Ders., Das Recht des Testamentes, 1. Denkschrift des Erbrechtsausschusses der Akademie für Deutsches Recht, 1937, I. Abschn., II., a, b (S. 4/5)

98) Zur Testierfreiheit P. Mikat, Erbrecht, in: Staatslexikon, 6. Aufl. 1958, S. 1214(1222/1223)

99) Motive, Amtliche Ausgabe, II. Bd., 1888, S. 727

100) Ring, Das eigenhändige Testament, DJZ 19(1914), 159 (160); die Bezeichnung "Formelkram" auch bei E. Danz, Können Testamente mit Formfehlern aufrechterhalten werden?, DJZ 14(1909), 281(283); dazu treffend G. Boehmer, Privattestamente mit vorgedruckter Ortsangabe, ZAKDR 5(1938), 264(266):"... gehören solche Fehlurteile in die Kategorie der menschlich sympatischen Versuche, ehrliche und anständige Testamente nicht an so lächerlichem 'Formelkram' scheitern zu lassen: aber falsch sind sie trotzdem."

101) H. Lange, Zur Frage des handgeschriebenen Testaments, JAKDR 1936, 129(131); Ders., Besprechung zu Fritz v.Hippel, Formalismus und Rechtsdogmatik, AcP 143(1937), 99(100); vgl. jedoch heute Dens., Lehrbuch des Erbrechts, 1962, 4. Abschn., § 16, IV, 6 (S. 157/158)

102) Ders., Das Recht des Testamentes, 1. Denkschrift des Erbrechtsausschusses der Akademie für Deutsches Recht, 1937, IV. Abschn., II., A., 3., a (S. 46)

103) Ring, a.a.O. (160)

103* Der Gedanke, daß nur der gesetzliche Erbe echter Erbe sei, herrscht jetzt noch im Code civil; obwohl der testamentarisch Bedachte praktisch dem Erben gleichgestellt ist, schafft eine Verfügung von Todes wegen theoretisch nur Vermächtnisnehmer

104) Vgl. dazu F. Wieacker, Gesetz und Richterkunst, Schriftenreihe der juristischen Studiengesellschaft Karlsruhe, Heft 34, 1958, III., 1. (S. 9)

105) Kipp-Coing, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 5. Bd., Erbrecht, 12. Aufl. 1965, 2. Teil, 1. Abschn., § 19, II., 3. (S. 87)

106) Zur eventuellen Neuregelung des Erbrechts vgl. H. Coing, Empfiehlt es sich, das gesetzliche Erbrecht und Pflichtteilsrecht neu zu regeln?, Gutachten A zum 49. Deutschen Juristentag, 1972

107) BGH NJW 1973, 1645(1646): das Geliebten-Testament ist nur dann nichtig, wenn sexuelle Motive "ausschlaggebend" waren, was bei länger dauernden Verbindungen von den gesetzlichen Erben zu beweisende Ausnahme ist

108) Protokolle, Mugdan, Materialien, V. Bd., 1899, 695 (S. 7162/7164)

109) OLG München DNotZ 1937, 68(70): "... weil die Anforderungen ... hinsichtlich der Formgültigkeit ... nicht verschieden sein können, je nachdem, ob das Testament inhaltlich billigenswert erscheint oder nicht." - Hätte die Rspr sich doch nur insgesamt an diesen Satz gehalten!

110) Zit. nach R. Krause, Kann eine formmangelhafte Verfügung von Todes wegen rechtsgültig sein?, FamRZ 1955, 161(163)

111) BVerfGE 3, 225(232)

112) W.J. Habscheid, Über das Verhältnis Richter und Recht, in: Beiträge zum Richterrecht, Heft 5, 1968, III., 1., a (S. 16)

113) Vgl. A. I. (S. 5ff.)

114) So die auf S. 28 schon zit. Stelle bei F. Scholz, Die Rechtssicherheit, 1955, III., 15., a (S. 59); in die entgegengesetzte Richtung K. Roth-Stielow, Die Auflehnung des Richters gegen das Gesetz, 1963, S. 23: "... erteilt die Notwendigkeit, Ordnung halten zu müssen, Dispens von allem übrigen."

115) G. Boehmer, Grundlagen der bürgerlichen Rechtsordnung, 2. Buch, 2. Abt., 1952, 2. Kap., § 25, II (S. 74)

116) BVerfGE 4, 31(37)

117) Ph. Heck, Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz, 1914, V., E., § 14, 14 (S. 184-186)

118) Ders., a.a.O. (185)

119) Ph. Heck, Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz, 1914, V., E., § 14, 14 (S. 186)

120) H. Carl, Professor Dr. Fritz von Hippel: Formalismus und Rechtsdogmatik, JW 1936, 168(170);
ihm zustimmend G. Boehmer, Grundlagen der bürgerlichen Rechtsordnung, 2. Buch, 2. Abt., 1952, 2. Kap., § 25, V, 2. (S. 78);
so auch Kipp-Coing, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 5. Bd., Erbrecht, 12. Aufl. 1965, 2. Teil, 1. Abschn., § 19, IV. (S. 90)

121) Burlage, Friedensvereine zur Schlichtung von Rechtsstreitigkeiten, DJZ 12(1907), 313(313)

122) Vgl. dazu H.J. Hirsch, Richterrecht und Gesetzesrecht, JR 1966, 334(339/340)

123) Ders., a.a.O. (339), spricht auch vom "König des Rechts", der der Richter nicht sei

124) P. Bockelmann, Richter und Gesetz, in: Rechtsprobleme in Staat und Kirche, Festgabe für Rudolf Smend, 1952, S. 23(33)

125) E. Schmidt, Gesetz und Richter, Wert und Unwert des Positivismus, Schriftenreihe der juristischen Studiengesellschaft Karlsruhe, Heft 1, 1952, S. 21

126) P. Bockelmann, a.a.O. (32/33)

127) Als historisches Beispiel für Auswüchse freirechtlicher Billigkeitsrechtsprechung sei das Urteil eines Landgerichts des früheren französischen Rechtsgebietes erwähnt. Dieses hatte entgegen dem dort geltenden Art. 1384Cc (vergleichbar in etwa § 832 BGB) den Vater wegen eines von seinem Sohn auf dem Schulweg begangenen Delikts zum Schadensersatz verurteilt, da er erst mit 57 Jahren geheiratet hatte: "Wenn ein so alter Mann noch ein Kind in die Welt setzt, dann muß er auch dafür bezahlen!" (zit. nach H. Isay, Rechtsnorm und Entscheidung, 1929, 2. Kap., 1. Abschn., 4. (S. 61))

128) G. Boehmer, Grundlagen der bürgerlichen Rechtsordnung, 2. Buch, 1. Abt., 1951,3. Kap., § 17, G (S. 187)

129) Vgl. P. Bockelmann, a.a.O. (33)

130) Vgl. Nachw. in Fn 29, 31, 32

131) BVerfGE 3, 225(237); 15, 313(319); 22, 322(329)

132) BGH DNotZ 1969, 478(479);
Erman-Hense, BGB, 5. Aufl. 1972,Vor § 2064, Rdn 12;
U. v.Lübtow, Erbrecht, 1. Hbd., 1971, 1. Hauptt., 2. Abschn., 5. Kap., § 3, D, III, 3, b (S. 158);
G. Boehmer, a.a.O., 2. Buch, 2. Abt., 1952, 2. Kap., § 25, II/V, 2 (S. 73/74/77/78);

G. Boehmer, Privattestamente mit vorgedruckter Ortsangabe, ZAKDR 5(1938), 264(265/266);
Kipp-Coing, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 5. Bd., Erbrecht, 12. Aufl. 1965, 2. Teil, 1. Abschn., § 19, III./IV. (S. 88/90);
H. Coing, Anm. zu OLG Stuttgart NJW 1949, 755f. = DRZ 1949, 521f., NJW 1949, 755;
auch K. Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 2. Aufl. 1969, II, Kap. 4, 2., c (S. 373) hält die Einschränkung von § 125 S. 1 BGB durch § 242 BGB für "nicht unbedenklich";
vgl. für das öff. Testament OLG Hamm DNotZ 1952, 80 (81);
zur strafrechtlichen Seite vgl. RGSt 43, 231; RG JW 1929, 1469 mit Anm. Merkel; RG LZ 8(1914), 1627; OLG Düsseldorf NJW 1966, 749 mit zust. Anm. G. Ohr, Das formungültige eigenhändige Testament als unechte Urkunde - OLG Düsseldorf, NJW 1966, 749, JuS 1967, 255, mit abl. Anm. dagegen K. Mohrbotter, NJW 1966, 1421

133) KG OLG Rspr 7(1903), 363(364) = KG(J) 26(1904), Nr. 15(A) unter Hinw. auf Motive Bd. V, S. 272

134) Vgl. dazu die Ausführungen zur Zweckerreichung in A. II. 2. a. (S. 18ff.)

135) BGH NJW 1965, 812(823)

136) Nach KG JFG 16(1938), Nr. 24 kennt ein Erblasser im Zweifel die gesetzlichen Formerfordernisse

137) BayObLG JFG 7(1930), Nr. 23

138) Vgl. Fn 137

139) Vgl. das bereits erwähnte Testament des Gustav W. aus Witten, RG JW 1908, 336 = DJZ 13(1908), 647

140) F. v.Hippel, Formalismus und Rechtsdogmatik, 1935, I, § 2, 4. (S. 35)

141) Diese eher öffentlich-rechtliche Terminologie benutzte A. Arndt, Gesetzesrecht und Richterrecht, NJW 1963, 1273(1283), der sich an dieser Stelle trotz seiner engagierten Stellungnahmen gegen richterliches positivistisches Denken entschieden gegen eine richterliche Rechtsbildung contra legem ausspricht: "Sie stürzt uns in Anarchie." (1280)

142) K. Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 2. Aufl. 1969, II, Kap. 3, 1, b (S. 299/300)

143) BVerfG NJW 1974, 1181(1182)

144) F. v.Hippel, a.a.O., I, § 2, 4 (S. 36)

145) W. Flume, Richter und Recht, Verhandlungen des 46. Deutschen Juristentages Essen 1966, Bd. II, Teil K, K 12

146) OLG Hamm Rpfleger 1959, 379(380) mit Anm. Haegele (380/381) (öff. Testament eines Blinden)

147) BGHZ 31, 136(139ff.) = NJW 1960, 813 = DNotZ 1960, 158

148) Vgl. R. Fischer, Die Weiterbildung des Rechts durch die Rechtsprechung, Schriftenreihe der juristischen Studiengesellschaft Karlsruhe, Heft 100, 1971, S.38/39

149) Aus den Parlamenten: Die dritte Lesung des Richtergesetzes im Deutschen Bundestag, DRiZ 1961, 218(223)

150) M. Rumpf, Die Auslegung der Formvorschriften in der reichsgerichtlichen Rechtsprechung, JW 1914, 445(448)

151) Vgl. das gegenwärtige Dilemma in der Abgrenzung des Mangelfolgeschadens

152) RG JW 1910, 291: Testament auf einer Schiefertafel - gültig;
OLG Stuttgart Das Recht 1918, Nr. 880: Bleistiftniederschrift - gültig;
dagegen wurde von einem englischen Richter bei einem auf eine Eierschale geschriebenen Testament ein Scherz angenommen (nach Staudinger-Firsching, BGB, 10./11. Aufl. 1960, § 2247, Rdn 33 unter Hinw. auf Zeitungsberichte)

153) Grundsatz: Der Erblasser kann sich jeder lebenden und toten Sprache bedienen, sofern er sie beherrscht;
so KG(J) 22(1901), Nr. 49(A): Testament in polnischer Sprache gültig

154) OLG Dresden AnnSächsOLG 28(1907), 150 = Recht 1907, 62, Nr. 53: Stenographische Niederschrift gültig

155) BGHZ 47, 68(70) = NJW 1967, 1124(1125) = DB 1967, 551 (551) = JR 1967, 298(299) = JZ 1967, 292(292) = MDR 1967, 472(Auszüge) = FamRZ 1967, 281(Leitsatz) = DNotZ 1967, 516(Leitsatz) = BB 1967, 391(Leitsätze) = LM Nr. 3 zu § 2247 BGB (Leitsatz) m. Anm. Johannsen = BWNotZ 1967, 153

156) KG(J) 48(1916), Nr. 19(A)

157) OLG München DNotZ 1937, 68

158) Dittmann.Reimann.Bengel, Testament und Erbvertrag, 1972, § 2247, Rdn 5 m.w.Nachw.

159) BayObLG JW 1921, 276; BayObLG OLG Rspr 41(1921), 85 = Das Recht 1920, Nr. 2459;
ganz krass OLG München OLGRspr 30(1915), 210: der behandelnde Arzt führte die Hand des schon Sterbenden, der keinerlei Bewußtsein mehr vom Inhalt der Schrift hatte;
für die Unterzeichnung des öff. Testaments vgl.BayOBLG DNotZ 1952, 78 m.Anm. Rechenmacher; OLG Köln DNotZ 1957, 158(jeweils erlaubte Unterstützung der Hand beim Schreiben)

160) BGHZ 47, 68(70) = Nachw. in Fn 155

161) 1888 Erfindung des Zwischenhebelmechanismus durch den Deutsch-Amerikaner Wagner; damit Schreibmaschine mit sichtbarer Schrift geschaffen

162) Begründung zum Gesetz über die Errichtung von Testamenten und Erbverträgen vom 31. 7. 1938 (RGBl. I S. 973; RJM. 3482 - IV. b^2 1517), DJ 1938, 1254(1257); W. Vogels, Das eigenhändige Testament nach dem Gesetz vom 31. Juli 1938, JW 1938, 2161(2161)

163) Staudinger-Firsching, BGB, 10./11. Aufl. 1960, § 2247, Rdn 36 unter Hinw. auf Planck-Strecker II 2 d zu § 2231;
Soergel-Siebert-Müller, BGB, 10.Aufl. 1974, § 2247, Rdn 43; § 2238, Rdn 20

164) Palandt-Keidel, BGB, 34. Aufl. 1975, § 2247, 2, a, aa

165) Palandt-Keidel, BGB, 31. Aufl. 1971, § 2247, 2, a, aa

166) Schulze, Über die Verwendung der Blindenschrift bei der Errichtung letztwilliger Verfügungen, DNotZ 1955, 629(631/632)

167) Erman-Hense, BGB, 5. Aufl. 1972, § 2247, Rdn 3;
Dittmann.Reimann.Bengel, Testament und Erbvertrag, 1972, § 2247, Rdn 9;
H. Brox, Erbrecht, 3. Aufl. 1974, Rdn 124;
O. Werner, Zur Eigenhändigkeit letztwilliger Verfügungen, Die Durchschrift als Testament, DNotZ 1972, 6(8)

168) LG Hannover NJW 1972, 1204(1205);
die Entscheidung RGZ 86, 385 = JW 1915, 704 berührt das Problem der Blindenschrift nicht

169) OLG Koblenz, NJW 1958, 1784(1784/1785)

170) Schulze, a.a.O. (629)

171) BGHZ 47, 68 = Nachw. in Fn 155;
BayObLGZ 1965, 258 = in Auszügen NJW 1965, 2301 = MDR 1965, 912 = JZ 1965, 618;
Erman-Hense, BGB, 5. Aufl. 1972, § 2247, Rdn 3;
Palandt-Keidel, BGB, 34. Aufl. 1975, § 2247, 2, a;
Dittmann.Reimann.Bengel, Testament und Erbvertrag, 1972, § 2247, Rdn 22;
H. Bartholomeyczik, Erbrecht, 9. Aufl. 1971, 4. Teil, § 18, I., 1. (S. 100);
O. Werner, Der praktische Fall, Das kopierte Erblasserschreiben, JuS 1973, 434(435);
Ders., Zur Eigenhändigkeit letztwilliger Verfügungen, Die Durchschrift als Testament, DNotZ 1972, 6(14)

172) BGHZ 47, 68(71) = Nachw. in Fn 155;
Dittmann.Reimann.Bengel, Testament und Erbvertrag, 1972, § 2247, Rdn 22;
O. Werner, Der praktische Fall, Das kopierte Erblasserschreiben, JuS 1973, 434(435);
Ders., Zur Eigenhändigkeit letztwilliger Verfügungen, Die Durchschrift als Testament, DNotZ 1972, 6(8)

173) BGHZ 47, 68(72/73) = Nachw. in Fn 155

174) BGB - RGRK - Kregel, 11. Aufl. 1961, § 2247, Anm. 8; KG NJW 1966, 663, eingesandt von Senatspräsident P. Jansen als Anm. zu BayObLG NJW 1965, 2301 = MDR 1965, 912 = JZ 1965, 618 = BayObLGZ 1965, 258; OLG Saarbrücken DNotZ 1950, 68 scheint ebenfalls eine Pauskopie nicht als gültiges eigenhändiges Testament zu werten; es prüft lediglich den Wert einer Durchschrift als Beweismittel für die Erstellung eines Originals

175) KG NJW 1966, 663(664)

176) BGHZ 47, 68(74) = Nachw. in Fn 155

177) O. Werner, Zur Eigenhändigkeit letztwilliger Verfügungen, Die Durchschrift als Testament, DNotZ 1972, 6(13)

178) BayObLGZ 1965, 258(259) = in Auszügen NJW 1965, 2301 = MDR 1965, 912 = JZ 1965, 618

179) BGHZ 47, 68(73) = Nachw. in Fn 155; Dittmann.Reimann.Bengel, Testament und Erbvertrag, 1972, § 2247, Rdn 22

180) BGHZ 47, 68(74) = Nachw. in Fn 155

181) Dittmann.Reimann.Bengel, Testament und Erbvertrag, 1972, § 2247, Rdn 46

182) Z.B. Palandt-Keidel, BGB, 34. Aufl. 1975, § 2247, 2, a

183) BayObLGZ 1965, 258 = in Auszügen NJW 1965, 2301 = JZ 1965, 618 = MDR 1965, 912 mit Anm. P. Jansen NJW 1966, 663; dem BayObLG folgend z.B.: Erman-Hense, BGB, 5. Aufl. 1972, § 2247, Rdn 3; Palandt-Keidel, BGB, 34. Aufl. 1975, § 2247, 2, a; Bedenken bei H. Bartholomeyczik, Erbrecht, 9. Aufl. 1971, 4. Teil, § 18, I., 1. (S. 100)

184) Dittmann.Reimann.Bengel, Testament und Erbvertrag, 1972, § 2255, Rdn 20; Be-weis ebenfalls durch Kopie möglich: OLG Hamm NJW 1974, 1827(1827)

185) BayObLGZ 1967, 197(206)

186) Vgl. den Fall OLG Saarbrücken DNotZ 1950, 68

187) OLG Celle MDR 1962, 410(410); OLG Hamm NJW 1974, 1827(1828)

188) Vgl. B. II. 2. c. (S. 96ff.)

189) Dittmann.Reimann.Bengel, Testament und Erbvertrag, 1972, § 2255, Rdn 14 m.w.Nachw.

190) H. Bartholomeyczik, Erbrecht, 9. Aufl. 1971, 4. Teil, § 18, I., 1. (S. 100)

191) BGHZ 47, 68(71) = Nachw. in Fn 155

192) RG Das Recht 1921, 75 Nr. 582/583/585

193) RGZ 63, 23(24);
teilweise fremde Schrift auch LG Berlin DFG 8(1943), 82

194) Z.B. Staudinger-Firsching, BGB, 10./11. Aufl. 1960, § 2247, Rdn 17;
Soergel-Siebert-Müller, BGB, 10. Aufl. 1974, § 2247, Rdn 11;
BGB - RGRK - Kregel, 11. Aufl. 1961, § 2247, Anm. 11;
BGB - RGRK - Johannsen, 11. Aufl. 1960, § 2085, Anm. 2;
Dittmann.Reimann.Bengel, Testament und Erbvertrag, 1972, § 2247, Rdn 11;
H. Brox, Erbrecht, 3. Aufl. 1974, Rdn 124

195) Hinw. auf den damaligen Meinungsstreit i.d.Literatur in RGZ 63, 23(25/26);
ausf. Hinw. ebenfalls bei Oertel, Besprechung: Das eigenhändige Testament, Von Walther Brock, Sächs.Arch. 1903, 404(404/405)

196) Vgl. RGZ 63, 23(26)

197) RGZ 63, 23(27/28)

198) So auch BGH NJW 1970, 1414(1415);
Soergel-Siebert-Hefermehl, BGB, 10. Aufl. 1967, § 139, Rdn 6

199) RGZ 63, 23(29)

200) RG SeuffA 75(1920), 66(68) Nr. 36

201) Zum Geliebtentestament vgl. BGHZ 53, 369(376ff.)

202) So heißt es in den Motiven, Mugdan, Materialien, V. Bd., 1899, 32(S. 60): "... Die Vorschrift... spricht aus, daß, wenn der Grund der Unwirksamkeit einer Verfügung sich nur auf eine einzelne im Testament enthaltene Verfügung bezieht, ..."

203) BayObLGZ 1967, 197(206)

204) LG Düsseldorf Rpfleger 1966, 51

205) LG Berlin DFG 8(1943), 82(82)

206) BayObLGZ 32, 114(115)

207) BayObLGZ 1973, 35(38/39) = DNotZ 1973, 630(633);
Staudinger-Firsching, BGB, 10./11. Aufl. 1960, § 2247, Rdn 32;
U. v.Lübtow, Erbrecht, 1. Hbd., 1971, 1. Hauptt., 5. Kap., § 3, D, IV., a, 1., α (S. 160);
H. Brox, Erbrecht, 3. Aufl. 1974, Rdn 124

208) Dittmann.Reimann.Bengel, Testament und Erbvertrag, 1972, § 2247, Rdn 33

209) LG Düsseldorf Rpfleger 1966, 51; zust. Erman-Hense, BGB, 5. Aufl. 1972, § 2247, Rdn 3;
LG Berlin DFG 8(1943), 82

210) BayObLGZ 32, 114

211) BayObLGZ 32, 114(117)

212) BayObLGZ 1959, 390(401): unterzeichnete briefliche Mitteilung von der Errichtung eines Testaments, die nicht selbst letztwillige Verfügung ist, kann fehlende Unterschrift auf dem Testament nicht ersetzen

212* § 582 ABGB: "Eine Verfügung des Erblassers durch Beziehung auf einen Zettel oder auf einen Aufsatz, ist nur dann von Wirkung, wenn ein solcher Aufsatz mit allen zur Gültigkeit einer letzten Willenserklärung nötigen Erfordernissen versehen ist. Außer dem können dergleichen von dem Erblasser angezeigte schriftliche Bemerkungen nur zur Erläuterung seines Willens angewendet werden."

213) KG OLGZ 1970, 242(243) = NJW 1970, 612(612); zit. nach OLGZ

214) Ob das de lege ferenda sinnvoll ist, soll später erörtert werden; vgl. C. IV. 4. (S. 126ff.)

215) KG OLGZ 1970, 242(245/246) = NJW 1970, 612(613)

216) OLG Düsseldorf JZ 1951, 309(Leitsatz)

217) KG OLGZ 1970, 242(247) = NJW 1970, 612(613/614)

218) W. Merle, Zur Rückgabe eines öffentlichen Testaments aus der amtlichen Verwahrung, AcP 171(1971), 486

219) J. Riedel, Anm. zu KG NJW 1970, 612 = OLGZ 1970, 242, NJW 1970, 1278;
vgl. auch den Hinw. bei Dittmann.Reimann.Bengel, Testament und Erbvertrag, 1972, § 2256, Rdn 13, die Anfechtung durch den Erblasser selbst ablehnen,da dieser neu testieren könne

220) BayObLGZ 1973, 35(39) = DNotZ 1973, 630(632)

221) SV zit. nach OLG Köln OLGZ 1968, 324(324);
vgl. BGH NJW 1966, 201(202) = LM Nr. 1 zu § 2254 BGB = LM Nr. 2 zu § 2247 BGB(Leitsatz);
2 verschiedene Prozesse! zunächst ging es 3 Instanzen um das Vermächtnis; nach Entscheidung durch den BGH neuer Streit, wer Erbe ist

222) BGH NJW 1966, 201(201) = LM Nr. 1 zu § 2254 BGB = LM Nr. 2 zu § 2247 BGB(Leitsatz)

223) OLG Köln OLGZ 1968, 324(325)

224) So auch im Ergebnis OLG Köln OLGZ 1968, 324

225) Vgl. B. I. 3. (S. 61ff.)

226) BGH NJW 1966, 201(201) = LM Nr. 1 zu § 2254 BGB = LM Nr. 2 zu § 2247 BGB(Leitsatz)

227) So BGH NJW 1966, 201(201) = LM Nr. 1 zu § 2254 BGB = LM Nr. 2 zu § 2247 BGB(Leitsatz)

228) Zur Abgrenzung von zulässiger Auslegung und unzulässiger Bezugnahme vgl. RG WarnRspr 1917, 83 Nr. 59; keine große Hilfe bieten die unscharfen Ausführungen zur Bezugnahme auf eine Baubeschreibung (§ 313 BGB, § 4 Abs. 3 WEG) in BGH NJW 1975, 536f.

229) BGH NJW 1966, 201(201/202) = LM Nr. 1 zu § 2254 BGB = LM Nr. 2 zu § 2247 BGB(Leitsatz)

230) BGH NJW 1966, 201(202) = LM Nr. 1 zu § 2254 BGB = LM Nr. 2 zu § 2247 BGB(Leitsatz)

231) Zur eigenhändigen Unterschrift im Zivilprozeß vgl. M. Vollkommer, Formenstrenge und prozessuale Billigkeit, Dargestellt am Beispiel der prozessualen Schriftform, Zur Überwindung des Formformalismus in der Rechtsprechung, Münchener Universitätsschriften, Reihe der juristischen Fakultät, Bd. 25, 1973, III. Hauptt., 5. u. 6. Kap. (S. 247ff.);
vgl. auch BGH NJW 1975, 494(494)

232) In: BayObLGZ 1968, 311(313) = NJW 1969, 797(Auszüge) = Rpfleger 1969, 18(Auszüge) = MDR 1969, 313(Auszüge) = OLGZ 1969, 251(Leitsätze) = BayJMBl 1969, 70 = BWNotZ 1969, 110; das LG München wird als Vorinstanz vom BayObLG zitiert

233) OLG Köln OLGZ 1967, 69(70);
OLG Köln Rpfleger 1968, 25(25) m. Anm. Haegele

234) KG OLG Rspr 12(1906), 381(382) = DJZ 11(1906), 433

235) Testierwille verneinend z.B. KG DFG 6(1941), 9(9) = HRR 1941, 323(324);
OLG Frankfurt OLGZ 1971, 205;
OLG Stuttgart Rpfleger 1964, 148 m. Anm. Haegele;
sehr ausführlich BayObLGZ 1963, 58(60ff.) = MDR 1963, 503(Auszüge)

236) Vgl. KG OLG Rspr 12(1906), 381 (383) = DJZ 11(1906), 433

237) KG OLG Rspr 16(1908), 49(49)

238) RGZ 137, 213(213)

239) RGZ 87, 109(109)

240) KG(J) 50(1918), Nr. 24(A) - zurückgewiesen zur Überprüfung, ob "Tunni Eitopp" als verstümmelter Kosename aus Conrad Eickhoff noch verständlich sei

241) RGZ 134, 308(308);
vgl. weiter KG(J) 31(1906), Nr. 25(A): "Deine Lotte";
KG(J) 45(1914), Nr. 26(A): "Deine Agnes";
KG(J) 51(1919), Nr. 21(A): "Eure Mutter"

242) OLG Braunschweig OLG Rspr 16(1908), 270 m.zust.Anm. A. Weißler, Rechtsprechung in Nachlaßsachen, DNotZ 1908, 479(483);
interessant die Rspr des KG: der I. Senat KG(J) 31 (1906), Nr. 25(A) forderte in einem Beschluß vom 9. Nov. 1905 Unterschrift mit dem Familiennamen; der III. Senat bezeichnete in einem Urteil vom 11. Mai 1906 = OLG Rspr 16(1908), 49 den Vornamen als ausreichend; der I. Senat verlangte am 19. Mai 1913 = KG(J) 45(1914), Nr. 26(A) erneut Unterschrift mit dem Familiennamen; nach RGZ 87, 109 vollzog dann auch der I. Senat eine Wendung und hielt Unterschrift mit dem Vornamen für zulässig = KG(J) 48(1916), Nr. 20(A); KG(J) 51(1919), Nr. 21(A);
gegen das zwingende Erfordernis der Unterschrift mit Familiennamen z.B. Glaser, Ist für das eigenhändige Testament Namensunterschrift erforderlich?, DJZ 11 (1906), 646(647);
für vollständige Namensunterschrift dagegen die überwiegende ältere Literatur; besonders eindringlich F. Endemann, Das Testament im Briefe, DJZ 21(1916), 32

243) Begründung zum Gesetz über die Errichtung von Testamenten und Erbverträgen vom 31. 7. 1938 (RGBl. I S. 973, RJM. 3482 - IV. b^2 1517), DJ 1938, 1254(1257)

244) Z.B. BGH DB 1967, 1629;
Staudinger-Firsching, BGB, 10./11. Aufl. 1960, § 2247, Rdn 47;
H. Bartholomeyczik, Erbrecht, 9. Aufl. 1971, 4. Teil, § 18, I., 2. (S. 100);
a.A. Dittmann.Reimann.Bengel, Testament und Erbvertrag 1972, § 2247, Rdn 26 m. ausf. w. Nachw. für diese Auffassung

244* Für das ABGB hält F. Gschnitzer Initialen ebenfalls für ausreichend: Lehrbuch des österreichischen bürgerlichen Rechts, Erbrecht, 1964, § 12, A., 2., a (S. 32)

245) BGH BB 1970, 52;
vgl. dazu allerdings auch BGH DB 1967, 1628

246) Nach der Rspr gibt es auch schon wirksame Entwürfe: BayObLGZ 1970, 173(178/179) = Rpfleger 1970, 340(341) = NJW 1970, 2300(2301) = FamRZ 1970, 647(Leitsätze)

247) Palandt-Keidel, BGB, 34. Aufl. 1975, § 2247, 2, c, bb; U. v. Lübtow, Erbrecht, 1. Hbd., 1971, 1. Hauptt., 2. Abschn., 5. Kap., § 3, D., IV., a, 1., ε (S. 164); H. Brox, Erbrecht, 3. Aufl. 1974, Rdn 127; OLG Köln Rpfleger 1968, 25 m. Anm. Haegele = BWNotZ 1968, 76

248) RG LZ 14(1920), 161

249) Z.B. Staudinger-Firsching, BGB, 10./11. Aufl. 1960, § 2247, Rdn 55;
Dittmann.Reimann.Bengel, Testament und Erbvertrag, 1972, § 2247, Rdn 28

250) BayObLGZ 31, 316(318)

251) Z.B. BayObLGZ 1959, 390(401);
OLG Köln Rpfleger 1968, 25 m.Anm. Haegele = BWNotZ 1968, 76;
Erman-Hense, BGB, 5. Aufl. 1972, § 2247, Rdn 5 u. 6;
Palandt-Keidel, BGB, 34. Aufl. 1975, 2, c, bb;
H. Bartholomeyczik, Erbrecht, 9. Aufl. 1971, 4. Teil, § 18, 2. (S. 100)

252) OLG Köln Rpfleger 1968, 25 m.Anm. Haegele = BWNotZ 1968, 76

253) OLG Köln Rpfleger 1968, 25(25) m.Anm. Haegele = BWNotZ 1968, 76

254) OLG Köln Rpfleger 1968, 25(25/26) m.Anm. Haegele = BWNotZ 1968, 76

255) BFH BB 1969, 1337 m.Anm. G. Mattern

256) OLG Köln Rpfleger 1968, 25(25) m.Anm. Haegele = BWNotZ 1968, 76

257) BGH FamRZ 1974, 302 = NJW 1974, 1083

257* Vgl. B. II.2.c.(S. 96ff.)

258) H. Lange, Lehrbuch des Erbrechts, 1962, 4. Abschn., § 19, III., 3., b (S. 181)

259) Z.B. OLG Freiburg HEZ 2, 39;
OLG Köln OLGZ 1967, 69;
beim gemeinschaftlichen Ehegattentestament BayObLGZ 1968, 311 = Nachw. in Fn 202;
auch in Österreich wird Selbstbenennung nicht als ausreichend anerkannt: F. Gschnitzer, Lehrbuch des österreichischen bürgerlichen Rechts, Erbrecht, 1964, § 12, A., 2., b (S. 32)

260) OLG Braunschweig MDR 1955, 292;
vgl. auch BayObLGZ 1968, 311(312) = Nachw. in Fn 202: "München, den 7. März 1965"

261) KG DNotZ 1941, 222 = DFG 6(1941), 57 = DJ 1941, 531 = ZAKDR 1941, 280 = DR 1941, 1464 m.Anm. W. Vogels

262) LG Berlin DFG 7(1942), 62;
LG Hamburg ZAKDR 1942, 110

263) RG HRR 1942, 753(754) = DR 1942, 1340(1341);
RG DR 1942, 339

264) Z.B. OLG Braunschweig MDR 1955, 292;
OLG Köln OLGZ 1967, 69;
OLG Köln Rpfleger 1968, 25 m.Anm. Haegele = BWNotZ 1968, 76;
BayObLG NJW 1967, 797

265) Z.B. Erman-Hense, BGB, 5. Aufl. 1972, § 2247, Rdn 5 u. 6;
Staudinger-Firsching, BGB, 10./11. Aufl. 1960, § 2247, Rdn 53 u. 54;
Kipp-Coing, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 5. Bd., Erbrecht, 12. Aufl. 1965, Fn 20 auf S. 136;
a.A. jetzt lediglich H. Lange, Lehrbuch des Erbrechts, 1962, 4. Abschn., § 19, III., 3., b (S. 181) i.V.m. Fn 9;
auch F. v. Hippel, Die Unterschrift des eigenhändigen Testaments, ZAKDR 8(1941), 269 neigte zu der Auffassung, die von ihm in Formalismus und Rechtsdogmatik geforderte Trennung von Identitäts- und Abschlußfrage sei durch das TestG zwar nicht völlig in seinem Sinne entschieden, jedoch möglich; allerdings machte auch v. Hippel gegen die o.g. KG-Entscheidung Bedenken geltend

266) Vgl. C. IV. 5. b. (S. 134ff.) de lege ferenda

267) RG Gruchot 48(1904), 366(368)

268) OLG Düsseldorf JMBl 1954, 116, zit. nach dem Leitsatz über der Entscheidung; im Text heißt es: "Ich, der Ehemann S., habe dieses Testament eigenhändig geschrieben und unterschrieben. Remscheid, den 10. November 1952."

269) KG JFG 21(1940), Nr.11 = DFG 5(1940), 4(4) = DRW 1940, 199

270) OLG München JFG 18(1939), Nr. 17

271) KG JFG 21(1940), Nr. 11 = DFG 5(1940), 4(5) = DRW 1940, 199

272) KG JFG 21(1940), Nr. 11 = DFG 5(1940), 4(5) = DRW 1940, 199

273) KG JFG 16(1938), Nr. 22

274) Staudinger-Firsching, BGB, 10./11. Aufl. 1960, § 2247, Rdn 56;
U. v. Lübtow, Erbrecht, 1. Hbd., 1971, 1. Hauptt., 2. Abschn., 5. Kap., § 3, D., IV., a, 1., ε (S. 165/166)

275) KG JFG 21(1940), Nr. 11 = DFG 5(1940), 4 = DRW 1940, 199

276) Z.B. RGZ 61, 7(9); 110, 166(168/169);
die Frage, ob einheitliche Urkunde oder nicht, kann nach § 2255 BGB auch entscheidend sein, wenn eine Veränderung oder ein Widerrufsvermerk auf dem Umschlag angebracht ist; insoweit verneinend RG JW 1925, 475 m. zust. Anm. Kipp; BayObLGZ 1963, 31 = JR 1963, 383 = BayJMBl 1963, 47 = NJW 1963, 1622(Leitsatz)

277) BGH BWNotZ 1961, 230

278) Z.B. Staudinger-Firsching, BGB, 10./11. Aufl. 1960, § 2247, Rdn 56;
Palandt-Keidel, BGB, 34. Aufl. 1975, § 2247, 2, c, bb;
Erman-Hense, BGB, 5. Aufl. 1972, § 2247, Rdn 6

279) Kipp-Coing, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 5. Bd., Erbrecht, 12. Aufl. 1965, 2. Teil, 2. Abschn., § 26, II., 2., b (S. 136)

280) OLG Frankfurt NJW 1971, 1811(1812) = MDR 1971, 928 (928) = JurBüro 1971, 847 = Rpfleger 1971, 355(355) weist auf diese Möglichkeit hin

281) KG(J) 29(1905), Nr. 19(A);
BayObLGZ 1970, 173(178) = Rpfleger 1970, 340(Auszüge) = NJW 1970, 2300(Auszüge) = FamRZ 1970, 647(Leitsätze): Spiralnotizblock mit 2 Blättern

282) OLG Halle NJ 1949, 18

283) OLG Braunschweig OLG Rspr 35(1917), 376(376);
RGZ 110, 166(167)

284) RGZ 61, 7(8)

285) OLG Frankfurt NJW 1971, 1811(1811) = MDR 1971, 928 (Auszüge) = JurBüro 1971, 847 = Rpfleger 1971, 355(355)

286) OLG Frankfurt NJW 1971, 1811(1811/1812) = Nachw. in Fn 280

287) Das OLG Frankfurt folgt hier einer Anregung von G. Mattern, Anm. zu BGH, Beschluß v. 19. 5. 1961 - V ZB 19/60, BWNotZ 1961, 230(231)

288) OLG Frankfurt NJW 1971, 1811(1812) = Nachw. in Fn 280

289) SV RGZ 110, 166;
gleiche Aufschrift OLG Braunschweig OLG Rspr 35(1917), 376(376)

290) OLG Frankfurt NJW 1971, 1811(1812) = Nachw. in Fn 280

291) OLG Düsseldorf NJW 1972, 260(260) = OLGZ 1972, 350 (350) = Grundeigentum 1972, 240 = MDR 1972, 241(Leitsatz) = FamRZ 1972, 397(Leitsatz) - SV zit. nach OLGZ

292) OLG Düsseldorf NJW 1972, 260(260) = OLGZ 1972, 350 (351) = Nachw. in Fn 291

293) Vgl. B. II. 1. b. aa. (S. 86/87)

294) RGZ 110, 166;
OLG Braunschweig OLG Rspr 35(1917), 376(376)

295) BGH BWNotZ 1961, 230

296) Vgl. die in Fn 248 bereits zit. Entscheidung RG LZ 14 (1920), 161

297) OLG Frankfurt NJW 1971, 1811(1811) = Nachw. in Fn 280

297* § 579 ABGB betrifft das fremdhändige (allographische) Testament

298) OLG Hamm DNotZ 1952, 80

299) BGHZ 17, 69(70/72) = NJW 1955, 788(788/789) = DNotZ 1955, 431(432) m. Anm. R. Daimer

300) Dittmann.Reimann.Bengel, Testament und Erbvertrag, 1972, § 35 BeurkG, Rdn 1

301) LG Mannheim Justiz 1962, 181;
Staudinger-Firsching, BGB, 10./11. Aufl. 1960, § 2247, Rdn 31;
Dittmann.Reimann.Bengel, Testament und Erbvertrag, 1972, § 2247, Rdn 36

302) RGZ 71, 293(302/303); 111, 261(262);
Leonhard, BGB, 2. Aufl. 1912, § 2231, III., E., 3.;
Mantey, Das Erforderniß richtiger Datirung des holographischen Testaments (§ 2231 Nr. 2 B.G.B.), Gruchot 43(1899), 641(653ff.)

303) Kipp-Coing, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 5. Bd., Erbrecht, 12. Aufl. 1965, 2. Teil, 2. Abschn., § 26, II., 4. i.V.m. Fn 25 dort (S. 137);
H. Brox, Erbrecht, 3. Aufl. 1974, Rdn 127

304) H. Lange, Lehrbuch des Erbrechts, 1962, 4. Abschn., § 19, III., 4. (S. 181/182)

305) Z.B. Staudinger-Firsching, BGB, 10./11. Aufl. 1960, § 2247, Rdn 19;
Dittmann.Reimann.Bengel, Testament und Erbvertrag, 1972, § 2247, Rdn 37;
U. v. Lübtow, Erbrecht, 1. Hbd., 1971, 1. Hauptt., 2. Abschn., 5. Kap., § 3, D., IV., b, 1., ε (S. 166)

306) Staudinger-Firsching, BGB, 10./11. Aufl. 1960, § 2247, Rdn 19;
Dittmann.Reimann.Bengel, Testament und Erbvertrag, 1972, § 2247, Rdn 37

307) F. v. Hippel, Formalismus und Rechtsdogmatik, 1935, § 5, IV., 2. (S. 113)

307* W. Vogels, Das eigenhändige Testament nach dem Gesetz vom 31. Juli 1938, JW 1938, 2161(2162);
Vogels-Seybold, Gesetz über die Errichtung von Testamenten und Erbverträgen vom 31. Juli 1938, 4. Aufl. 1949, § 21 TestG, Rdn 9

308) BayObLGZ 1965, 258(262);
BayObLG NJW 1975, 314(314) = FamRZ 1975, 287(288);
BGH FamRZ 1974, 302(303) = NJW 1974, 1083(1084) m.Anm. K. Schmidt, JuS 1974, 799

309) K.G. Steden, Formfreie und formbedürftige Änderungen des eigenhändigen Testamentes, Mainzer Diss 1971, S. 5

310) K.G. Steden, a.a.O., S. 31/39/41/56

311) BGH FamRZ 1974, 302(302) = NJW 1974, 1083(1083) m.Anm. K. Schmidt, JuS 1974, 799

312) BGH FamRZ 1974, 302(303) = NJW 1974, 1083(1084) m.Anm. K. Schmidt, JuS 1974, 799

312* Erste Einschränkungen zeigen sich bereits bei BayObLG FamRZ 1975, 287 = NJW 1975, 314; LG München und BayObLG erklärten in einem Fall, in dem über der Überschrift eines negativen Testaments i.S.d. § 1938 BGB später eine positive Erbenbestimmung getroffen wurde, auf nur negative Testamente seien die Grundsätze für nachträgliche Abänderungen und Ergänzungen nicht anwendbar

313) H. Lange, Das Recht des Testamentes, 1. Denkschrift des Erbrechtsausschusses der Akademie für Deutsches Recht, 1937, IV. Abschn., II., A., 5., c-6 (S.50-53)

314) Eine ausführliche historische Darstellung findet sich bei W. Brock, Das eigenhändige Testament, 1900

315) Nov. Valent. III. tit. XX. de testam. cap. 2 § 1 (zit. nach Lex Romana Visigothorum, Hrsg. Gustav Haenel, Neudruck 1962, S. 278)

316) Breviarium Alaricianum, Hrsg. M. Conrat (Cohn), Neudruck der Ausgabe Leipzig 1903, 1963, 5. Buch, 2. Kap., I, 2, ℰ (S. 367)

317) Zur Gesetzgebung der Gotenkönige vgl. H. Conrad, Deutsche Rechtsgeschichte, Bd. I, 2. Aufl. 1962, 2. Teil, 1. Abschn., 2. Kap. (S. 58-60)

318) U. v. Lübtow, Erbrecht, 1. Hbd., 1971, 1. Hauptt., 2. Abschn., 4. Kap., § 2, C, II. (S. 125) m.w.Nachw.

319) W. Brock, Das eigenhändige Testament, 1900, 1. Buch, 2. Kap., § 7 (S. 33)

320) D. Goetz, Rechtsvergleichende Untersuchungen über die Form des eigenhändigen Testaments, unter Berücksichtigung des französischen, schweizerischen und österreichischen Rechts, Jenaer Diss 1938, § 1, 2. (S. 8)

321) Art. 970 Code civil

322) W. Brock, a.a.O., 1. Buch, 4. Kap. (S. 63/64)m.w.Nachw

323) D. Goetz, a.a.O., Einleitung, § 1 (S. 9); zusätzlich zur Stadtordnung wurde noch Unterschrift mit Vor- und Geschlechtsnamen gefordert

324) §§ 577, 578 ABGB

325) W. Brock, a.a.O., 1. Buch, 4. Kap. (S. 62)

326) U. v. Lübtow, Erbrecht, 1. Hbd., 1971, 1. Hauptt., 2. Abschn., 4. Kap., § 2, D., I. (S. 127)

327) H. Conrad, Deutsche Rechtsgeschichte, Bd. I, 3. Teil, 4. Abschn., 2. Kap., § 1 (S. 367)

328) F.W.K. Beckhaus, Grundzüge des gemeinen Erbrechts, 1. Abtheilung, 1860, 1. Kap., 2. Abschn., III., A., §§ 42ff. (S. 85ff.) - unabhängig, ob mdl. oder schriftl. Verfügung; im Notfall genügten 5 Zeugen: a.a.O., § 47 (S. 94/95)

329) U. v.Lübtow, Erbrecht, 1. Hbd., 1971, 1. Hauptt., 2. Abschn., 4. Kap., § 2, C., I. (S. 124/125); Motive, Mugdan, Materialien, V. Bd., 1899,259 (S. 137)

330) Motive, a.a.O., 136 (S. 258)

331) Protokolle, Mugdan, Materialien, V. Bd., 1899, 697/698 (S. 7170/7171)

332) Protokolle, a.a.O., 696/697 (S. 7168/7169)

333) Denkschrift, Mugdan, Materialien, V. Bd., 1899, 869/870 (S. 278/279)

334) KomBericht, Mugdan, Materialien, V. Bd., 1899, 888 (S. 19)

335) KomBericht, a.a.O., 888 (S. 19)

336) Zweite Berathung im Plenum des Reichstages, Mugdan, Materialien, V. Bd., 1899, v.Buchka 893f.; Kauffmann 894f.; Dr. Görtz 900ff.

337) Zweite Berathung im Plenum des Reichstages, a.a.O., 898

338) Zweite Berathung im Plenum des Reichstages, a.a.O., v.Jagemann 895ff.; v.Cuny 898f.; Stephan 899f.; v.Stumm 900; Dr. Simonis 902; Dr. Enneccerus 902f.

339) H. Lange, Das Recht des Testamentes, 1. Denkschrift des Erbrechtsausschusses der Akademie für Deutsches Recht, 1937, IV. Abschn., II., A., 3.ff. (S. 46ff.)

340) Teil I Art 5 Nr. 4-7 des GesEinhG v. 5.3.1953, BGBl 33, in Kraft getreten am 1.4.1953

341) Vgl. z.B. die bereits in Fn 85 angeführten Bedenken von H. Coing gegen eine den Nachbarrechten fremde zu weite Ausdehnung des § 242 BGB

342) Verf. folgt hier der Einteilung bei Ferid-Firsching, Internationales Erbrecht, Gesamtübersicht vor jedem Einzelband; aus Gründen der Übersicht wird auf die übrigen dort angeführten Rechtskreise verzichtet, zumal ein Vergleich zum slavischen Rechtskreis wegen der dort eingeschränkten Stellung des Privateigentums ohnehin problematisch ist

343) Vgl. Fn 340

344) Vgl. den Gesetzestext auf S. 107/108

345) Die in § 578 S. 1 ABGB noch getroffene Unterscheidung zwischen Testament und Kodizill ist für die Form unerheblich, da für beide gleiche Anforderungen gelten

346) § 578 S. 2 ABGB: "... nicht notwendig, aber ... rätlich"

347) In Deutschland entspricht diese völlig h.M. der gesetzlichen Regelung in § 2247 Abs. 3, S. 2 BGB und früher dem ausdrücklichen Wortlaut von § 21 Abs. 3, S. 2 TestG;
vgl. Soergel-Siebert-Müller, BGB, 10. Aufl. 1974, § 2247, Rdn 21 m.Nachw. für die früher anderslautende Rspr in Rdn 23

348) So F. Gschnitzer, Lehrbuch des österreichischen bürgerlichen Rechts, Erbrecht, 1964, § 12, A., 2., a (S. 32) - streitig! a.A. z.B. H. Klang, Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, 2. Aufl. 1952, § 578, III., B., e

349) Unter das allographische Testament fällt auch, wenn der Erblasser selbst den Text maschinenschriftlich erstellt; so F. Gschnitzer, a.a.O., § 12, B., I., 1. (S. 33)

350) Berner Kommentar - Tuor, 2. Aufl. 1964, Rdn 20 zu Art. 505

351) Berner Kommentar - Tuor, 2. Aufl. 1964, Rdn 24 zu Art. 505;
P. Tuor, Das schweizerische Zivilgesetzbuch, 7. Aufl. 1965, III. Teil, 1. Abt., 2. Abschn., § 60, II., a., 3. (S. 344)

352) Wie § 2247 BGB auch § 21 TestG und § 578 ABGB

353) M. Firsching, Das französische Zivilrecht, 1971, 5. Teil, Kap. 5 C, § 92, B., II. (S. 1422)

354) Erbrecht des alten Codice civile von 1865 ersetzt mit Wirkung vom 21.4.1940 durch selbständiges Gesetz, welches durch das königl. Dekret vom 16.3.1942 teilweise überarbeitet mit den anderen Büchern des neuen Codice zusammengefaßt wurde; darin ist die Eingliederung unter die Eigentumserwerbsgründe aufgegeben und das Erbrecht in einem eigenen Buch geregelt

355) Soweit er göttlichem Recht, dem Naturrecht oder den Grundprinzipien des kanonischen Rechts nicht widerspricht

356) Art. 12 Abs. 2 Código civil enthält einen Vorbehalt zugunsten der Weitergeltung der provinziellen Rechte in Form der "fueros"

357) Ferid-Firsching, Internationales Erbrecht, Bd. III, US Grdz. F II, Rdn 157;
Aufzählung der Staaten mit eigenhändigem Testament bei W.G. Becker in: Rechtsvergleichendes Handwörterbuch, Testament, S. 534

358) Halsbury's Laws of England, 3. Aufl. 1962, Bd. 39, Nr. 1326 (S. 876);
D.H. Parry, The Law of Succession, 5. Aufl. 1966, S. 15/16

359) Solange Verfügungen wie: "Mutti soll alles haben, Vati" grundsätzlich als gültig anerkannt werden, kann vom Übereilungsschutz der geltenden Formen kaum die Rede sein

360) Zur Testierfreiheit P. Mikat, Erbrecht, in: Staatslexikon, 1958, S. 1222/1223

361) Motive, Mugdan, Materialien, V. Bd., 1899, 24 (S. 45): "Im Erbrechte muß der Ausgangspunkt sein, daß der Wille des Erblassers zur Geltung zu bringen ist; ..."; vgl. auch die Überschrift zu diesem Kapitel bei Mugdan

362) H. Lange, Lehrbuch des Erbrechts, 1962, 4. Abschn., § 16, IV., 1. (S. 153)

363) U. v. Lübtow, Erbrecht, 1. Hbd., 1971, 1. Hauptt., 2. Abschn., 4. Kap., § 2, A., I., b (S. 122)

364) Ausnahme: England, Wills (Soldiers and Sailors) Act, 1918

365) RG Recht 26(1922), Nr. 1431(320) = LZ 16(1922), 466: Beweispflicht der Erben für endgültiges Testament statt eines bloßen Entwurfs

366) Staudinger-Firsching, BGB, 10./11. Aufl. 1960, § 2247, Rdn 11;
Soergel-Siebert-Müller, BGB, 10. Aufl. 1974, § 2247, Rdn 6

367) Probleme des animus testandi bestehen jetzt z.B. bei Brieftestamenten oder Blaupausen

368) BayObLGZ 1967, 197(206);
OLG Hamm NJW 1974, 1827(1827)

369) Art. 720 Abs. 1 Código civil: Militärtestament während oder bei Gefahr einer Kriegshandlung; Art. 731 verweist bei Gefahr eines Schiffsbruchs auf Art. 720; ansonsten müssen gemäß Art. 716ff. Militärtestamente wie in den anderen romanischen Rechten vor militärischen Führern errichtet werden, gegebenenfalls gemäß Art.716 Abs. 3 vor einem Feldgeistlichen bzw. Arzt

370) Frankreich u. Belgien: Art. 981ff. Code civil;
Niederlande: Art. 993ff. Burgerlijk Wetboek;
Italien: Art. 609ff. Codice civile

371) § 44 des Erbgesetzes vom 31. Mai 1963

372) Wills (Soldiers and Sailors) Act, 1918

373) Art. 506 ZGB

374) §§ 2250, 2251 BGB, wobei jedoch § 2251 BGB kein eigentliches Nottestament, sondern ein außerordentliches Testament ist, obwohl es in § 2252 BGB als Nottestament bezeichnet und bezüglich der Gültigkeitsdauer auch so behandelt wird; §§ 24, 25 TestG

375) F.W.K. Beckhaus, Grundzüge des gemeinen Erbrechts, 1. Abtheilung, 1860, 1. Kap., 2. Abschn., III., A., §§ 42 ff. (S. 85ff.);
vgl. Motive, Mugdan, Materialien, V. Bd., 1899, 136 (S. 257) m.Nachw.;
- allerdings verlangte das gemeine Recht wie das justinianische 7 Zeugen,im Notfall genügten 5

376) Z.B. Art. 507 Abs. 1 ZGB

377) Ausnahme: Wills (Soldiers and Sailors) Act, 1918

378) § 586 ABGB

379) Motive, Mugdan, Materialien, V. Bd., 1899, 136 (S. 257/258)

380) Vgl. Art. 507 Abs. 1 ZGB

381) Bei Testamenten auf Schallplatten liegt keine Eigenhändigkeit im Sinne des geltenden Rechts vor; so Staudinger-Firsching, BGB, 10./11. Aufl. 1960, § 2247, Rdn 36 unter Hinw. auf einen Zeitungsartikel der Leipziger Neuesten Nachrichten,abgedruckt in DJ 1935, 78

382) F. v.Hippel, Formalismus und Rechtsdogmatik, 1935, § 5, II. (S. 85)

383) Anders in Frankreich; vgl. Ferid-Firsching, Internationales Erbrecht, Bd. II, Frankreich Grdz. F 1 B II, Rdn 104

384) Vgl. Fn 349

385) § 42 Abs. 1 des Erbgesetzes vom 31. Mai 1963;
Sec. 9 The Wills Act, 1837

386) Frankreich u. Belgien: Art. 976 Code civil;
Niederlande: Art. 987 Burgerlijk Wetboek;
Italien: Art. 604/605 Codice civile;
Spanien: Art. 706/707 Código civil

387) Das Argument der Neuheit maschineller Hilfsmittel, das F. v.Hippel, a.a.O., § 10, I., 3., c, β (S. 187) noch benutzte, gilt heute nicht mehr

388) Zur Ausnahme Selbstbenennung später in C. IV. 5. b. (S. 134ff.)

389) Zu den mechanischen Hilfsmitteln zählt Verf. mit der h.M. wie in B. I. 1. (S. 54ff.) ausgeführt auch die Blindenschrift

390) Vgl. B. I. 3. (S. 61ff.)

391) KG OLGZ 1970, 242(243) = NJW 1970, 612(612);
zit. nach OLGZ

392) Jedenfalls dann, wenn man wie Verf. in B. II. 1. (S. 78ff.) bereits de lege lata Initialen als ausreichend erachtet

393) Z.B. RGZ 134, 308

394) Z.B. KG(J) 51(1919), Nr. 21(A)

395) Der Spezialfall Selbstbenennung sei hier zunächst ausgeklammert;
der weitere Spezialfall von Massenbescheiden, die von Computern ausgeworfen werden, kann für die vorliegende Betrachtung unberücksichtigt bleiben, da er in der Verkehrsanschauung auf diesen Bereich beschränkt bleibt

396) § 5, I., 1. (S. 77ff.); § 10, I., 3., a (S. 182f.)

397) OLG Braunschweig MDR 1955, 292(292)

398) OLG Braunschweig, a.a.O. (292);
auch in BayObLGZ 1968, 311(313) = Nachw. in Fn 202 heißt es zu pauschal: "Das Gesetz stellt in § 2247 Abs. 1 BGB gewisse Mindestanforderungen an die letztwilligen Verfügungen, von denen abzugehen zu einer untragbaren Rechtsunsicherheit führen würde."

399) OLG Braunschweig, a.a.O. (292)

400) In OLG Düsseldorf NJW 1972, 260(260) gesteht der Senat zu, daß an der Identität des Erblassers kein Zweifel besteht; der Abschluß war durch die Bemerkung: "eigenhändig geschrieben und unterschrieben am 24.4. 1968" sichergestellt; hinzu kam bei dieser Entscheidung noch das Problem der Briefumschlagsunterschrift: "Testament. Nach meinem Tode unter Zeugen zu öffnen. (eigenhändige Unterschrift)"

401) OLG Braunschweig, a.a.O. (292)

402) Vgl. B. II. 2. c. (S. 97)

403) Vgl. B. II. 2. b. (S. 85ff.)

404) BGH FamRZ 1974, 302(303) = NJW 1974, 1083(1084)

405) Vgl. C. IV. 5. a. (S. 132ff.)

406) Die Ausnahme bei Nottestamenten kann hierbei wegen der dort geforderten besonderen Umstände für den Normalfall außer Betracht bleiben

407) Palandt-Keidel, BGB, 34. Aufl. 1975, § 2247, 4, a; Soergel-Siebert-Müller, BGB, 10. Aufl. 1974, § 2247, Rdn 44 unter Hinw. auf § 440 Abs. 1 ZPO

408) Vgl. auch § 1838 des das heutige ungarische Privatrecht bildenden Entwurfs 1928 eines Privatgesetzbuches, zit. auf S. 35

Literaturverzeichnis

Materialien

Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Amtliche Ausgabe, Band II., 1896

Mugdan B. Die gesammelten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, 1899

Begründung zum Gesetz über die Errichtung von Testamenten und Erbverträgen vom 31.7.1938, DJ 1938, 1254

Kommentare

Berner Kommentar — Kommentar für das Schweizerische Zivilrecht, Band III, Das Erbrecht, 2. Aufl. 1964

BGB - RGRK — Das Bürgerliche Gesetzbuch, Kommentar herausgegeben von Reichsgerichtsräten und Bundesrichtern, 11. Aufl. V. Band, 1. Teil 1960, 2. Teil 1961

Dittmann · Reimann · Bengel — Testament und Erbvertrag, 1972

Erman — Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 5. Aufl. 1972

Ferid-Firsching — Internationales Erbrecht (Loseblattsammlung)

Halsbury's Laws of England Bd. 39, 3. Aufl. 1962

Klang, Heinrich — Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, 2. Aufl. 1952

Leonhard, Franz — Bürgerliches Gesetzbuch, 5. Buch, Erbrecht, 2. Aufl. 1912

Palandt — Bürgerliches Gesetzbuch, 34. Aufl. 1975

Soergel-Siebert — Bürgerliches Gesetzbuch, 1o. Aufl., Band 1 und 2 1967, Band 6 1974

Staudinger — Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, V. Band, Erbrecht, 1. Teil 11. Aufl. 1954, 2. Teil 10./11. Aufl. 1960

Vogels-Seybold — Gesetz über die Errichtung von Testamenten und Erbverträgen vom 31. Juli 1938, 4. Aufl. 1949

Hand- und Lehrbücher

Asser, Carel — Handleiding tot de Beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht, 4. Deel, Erfrecht, 1967

Bartholomeyczik, Horst — Erbrecht, 9. Aufl. 1971

Beckhaus, Friedrich Wilhelm Konrad
Grundzüge des gemeinen Erbrechts, 1. Abtheilung, 1860

Binder, Julius
Bürgerliches Recht, Erbrecht, 2. Aufl. 1930

Brox, Hans
Erbrecht, 3. Aufl. 1974

Conrad, Hermann
Deutsche Rechtsgeschichte, I. Band, 2. Aufl. 1962

Crome, Carl
System des Deutschen Bürgerlichen Rechts, 5. Band, Erbrecht, 1912

Dernburg, Heinrich
Das bürgerliche Recht des Deutschen Reiches und Preußens, 5. Band, Deutsches Erbrecht, 1905

Eichhorn, E.
Das Testament, 5. Aufl. 1910

Firsching, Karl
Handbuch der Rechtspraxis, Band 6, Nachlaßrecht, 4. Aufl. 1971

Firsching, Murad
Das französische Zivilrecht, 1971

Gschnitzer, Franz
Lehrbuch des österreichischen bürgerlichen Rechts, Erbrecht, 1964

v. Jhering, Rudolph
Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung, 2. Theil, 2. Abtheilung, 2. Aufl. 1869

Kipp, Theodor	Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 5. Band, Das Erbrecht, 8. Aufl. 1930
Kipp-Coing	Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 5. Band, Erbrecht, 12. Aufl. 1965
Lange, Heinrich	Lehrbuch des Erbrechts, 1962
Leopold, Johannes	Testamentsrecht, 1939
v. Lübtow	Erbrecht, 1971
Marcus, Josef	Das Deutsche Testament, 5. Aufl. 1928
Meischeider, E.	Die letzwilligen Verfügungen nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche für das Deutsche Reich, 1900
Model, Otto	Testamentsrecht, 2. Aufl. 1964
Parry, Sir David Hughes	The Law of Succession, 5. Aufl. 1966
Peiser	Handbuch des Testamentrechts, 2. Aufl. 1907
Radbruch, Gustav	Rechtsphilosophie, 7. Aufl. 1970, hrsg. von Erik Wolf
Strohal, Emil	Das deutsche Erbrecht, 3. Aufl.,I. Band 1903

Tuor, Peter — Das schweizerische Zivilgesetzbuch, 7. Aufl. 1965

Williams, W. J. — The Law relating to Wills, 3. Aufl. 1967

Monographien

Anklam — Die Formerfordernisse des eigenhändigen Testaments nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts, Heidelberger Diss 1909

Bartholomeyczik, Horst — Die Kunst der Gesetzesauslegung, 4. Aufl. 1974

Boehmer, Gustav — Grundlagen der bürgerlichen Rechtsordnung, 2. Buch, 1. Abteilung 1951, 2. Abteilung 1952

Breviarium Alaricianum — Neudruck 1963 der Ausgabe Leipzig 1903, Hrsg.: Max Conrat (Cohn)

Brock, Walther — Das eigenhändige Testament, 1900

Coing, Helmut — Empfiehlt es sich, das gesetzliche Erbrecht und Pflichtteilsrecht neu zu regeln?, Gutachten A zum 49. Deutschen Juristentag, 1972

Danz, Erich — Richterrecht, Schriftenreihe des Vereins Recht und Wirtschaft, Band I, Heft 4, 1912

Eisenberg, Hans — Die Formerfordernisse des einfachen eigenhändigen Testaments in der Rechtsprechung des Reichsgerichts, Kölner Diss 1927

Esser, Josef — Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, 2. Aufl. 1964

Fischer, Robert — Die Weiterbildung des Rechts durch die Rechtsprechung, Schriftenreihe der Juristischen Studiengesellschaft Karlsruhe, Heft 1oo, 1971

Flume, Werner — Richter und Recht, Verhandlungen des 46. Deutschen Juristentages, Essen 1966, Band II, Teil K, 1967

Frankenstein, Walther — Das eigenhändige Testament nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch, Greifswalder Diss 1913

Gerth — Die Formerfordernisse des eigenhändigen Testaments, Rostocker Diss 1910

Göcker, Herbert — Die Heilung von Mängeln im Zivilprozeß, Jenaer Diss 1933

Götz, Dietrich — Rechtsvergleichende Untersuchungen über die Form des eigenhändigen Testaments, unter Berücksichtigung des französischen,schweizerischen und österreichischen Rechts, Jenaer Diss 1938

Habscheid, Walther J. — Über das Verhältnis Richter und Recht, in: Beiträge zum Richterrecht, Hrsg.: Goerres-Gesellschaft, Heft 5, 1968

Hagemann, Hans — Das eigenhändige Testament im schweizerischen ZGB, Züricher Diss 1918

Herrmann, Burkhard — Die Anerkennung formungültiger letztwilliger Verfügungen, Zugleich ein Beitrag zur Rechtsnatur der Erfüllung sittlicher Pflichten, Bonner Diss 1969

Heck, Philipp — Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz, 1914, Nachdruck in AcP 112 (1914), 1

v. Hippel, Fritz — Formalismus und Rechtsdogmatik, 1935

Jsay, Hermann — Rechtsnorm und Entscheidung, 1929

Keller, Konrad — Die Auslegung der Formvorschriften für die Errichtung von Testamenten in der Rechtsprechung, Züricher Diss 1931

Lange, Heinrich — Das Recht des Testamentes, 1. Denkschrift des Erbrechtsausschusses der Akademie für Deutsches Recht, 1937

Larenz, Karl — Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 2. Aufl. 1969

Less, Günther — Vom Wesen und Wert des Richterrechts, Erlanger Habil 1954

Lex Romana Visigothorum — Neudruck 1962, Hrsg.: Gustav Haenel

Meier-Hayoz, Arthur — Der Richter als Gesetzgeber, 1951

Müller, Bruno — Das eigenhändige Testament des Bürgerlichen Gesetzbuches, Jenaer Diss 1912

Petersen, Julius — Die Berufung zur Erbschaft und die letztwilligen Verfügungen überhaupt nach dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Beiträge zur Erläuterung und Beurtheilung des Entwurfes eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, 16. Heft, 1889

Reinicke, Dietrich — Rechtsfolgen formwidrig abgeschlossener Verträge, 1969

Rocholl — Die Formerfordernisse des eigenhändigen Testaments, insbesondere das Erfordernis richtiger Zeit- und Ortsangabe, Marburger Diss 1903

Roth-Stielow, Klaus — Die Auflehnung des Richters gegen das Gesetz, 1963

Salomon — Die Formvorschriften des eigenhändigen Testaments, Leipziger Diss 1904

Schmidt, Eberhard — Gesetz und Richter, Wert und Unwert des Positivismus, Schriftenreihe der Juristischen Studiengesellschaft Karlsruhe, Heft 1, 1952

Scholz, Franz — Die Rechtssicherheit, 1955

Steden, Klaus Georg — Formfreie und formbedürftige Änderungen des eigenhändigen Testamentes, Mainzer Diss 1971

Vollkommer, Max — Formenstrenge und prozessuale Billigkeit, Dargestellt am Beispiel der prozessualen Schriftform, Zur Überwindung des Formformalismus in der Rechtsprechung, Münchener Universitätsschriften, Reihe der Juristischen Fakultät, Band 25, 1973

Waldmüller, Hans — Die "königlichen Paragraphen" 157, 242 BGB, Bonner Diss 1940

Wieacker, Franz — Gesetz und Richterkunst, Schriftenreihe der Juristischen Studiengesellschaft Karlsruhe, Heft 34, 1958

Wieacker, Franz — Zur rechtstheoretischen Präzisierung des § 242, 1956

Aufsätze

Arndt, Adolf — Gesetzesrecht und Richterrecht, NJW 1963, 1273

Aus den Parlamenten — Die dritte Lesung des Richtergesetzes im Deutschen Bundestag, DRiZ 1961, 218

Becker, Walter G. — Testament, in: Rechtsvergleichendes Handwörterbuch für das Zivil- und Handelsrecht des In- und Auslands, hrsg. von Franz Schlegelberger, 1929 - 1938

Bender, Bernd — Zur Methode der Rechtsfindung bei der Auslegung und Fortbildung gesetzten Rechts, JZ 1957, 593

Bockelmann, Paul	Richter und Gesetz, in: Rechtsprobleme in Staat und Kirche, Festgabe für Rudolf Smend, 1952, S. 23
Boehmer, Gustav	Fragen zum Testamentsgesetz, DNotZ 1940, 97; 140; 187
Boehmer, Gustav	Privattestamente mit vorgedruckter Ortsangabe, ZAKDR 5 (1938), 264
Bohnenberg	Die Neuregelung des Testamentsrechts, Sächs. Arch. 15 (1938), 193
v. Bozóky, Alois	Aufrechterhaltung der an Formfehlern leidenden Testamente, Recht 1909, 592
Brüggemann, Dieter	Gesetzesrecht und Richterrecht, JR 1963, 162
Burlage	Friedensvereine zur Schlichtung von Rechtsstreitigkeiten, DJZ 12 (1907), 313
Carl, Hermann	Prof. Dr. Fritz von Hippel: Formalismus und Rechtsdogmatik, JW 1936, 168
Coing, Helmut	Form und Billigkeit im modernen Zivilrecht, DNotZ 1965, 29 (Sonderheft)

Coing, Helmut — Anm. zu OLG Stuttgart NJW 1949, 755 = DRZ 1949, 521, NJW 1949, 755

Danz, Erich — Alte und neue Art der Rechtsprechung, besonders beim Testament, Recht 1913, 349

Danz, Erich — Das Blindentestament, JW 1914, 385

Danz, Erich — Können Testamente mit Formfehlern aufrechterhalten werden?, DJZ 14 (1909), 281

Danz, Erich — Rechtsprechung nach der Volksanschauung und nach dem Gesetz, JheringsJ 54 (1909), 1

Dölle, Hans — Pflicht zur redlichen Prozeßführung?, in: Festschrift für Otto Riese, 1964, S. 279

Drewes — Das eigenhändige Testament in der Praxis, KG Bl 1910, 14

Eichhorn, E. — Die Nachteile des eigenhändigen Testaments, DNotZ 1901, 241

Endemann, Friedrich — Das eigenhändige Testament im Lichte der Praxis, DJZ 19 (1914), 22 = DNotZ 1914, 137

Endemann, Friedrich — Das Testament im Briefe, DJZ 21 (1916), 32

Esser, Josef — Realität und Ideologie der Rechtssicherheit in positiven Systemen, in: Festschrift für Theodor Rittler, zu seinem achtzigsten Geburtstag, 1957, S. 13

Esser, Josef — Wandlungen von Billigkeit und Billigkeitsrechtsprechung im modernen Privatrecht, in: summum ius, summa iniuria, 1963, S. 22

Gerckens, F. J. — Zum Mißbrauch der Testierfreiheit im Landwirtschaftsrecht, FamRZ 1955, 163

Gernhuber, Joachim — Die Billigkeit und ihr Preis, in: summum ius, summa iniuria 1963, S. 205

Gernhuber, Joachim — Formnichtigkeit und Treu und Glauben, in: Festschrift zum 70. Geburtstag von Walter Schmidt-Rimpler, 1957, S. 151

Glaser — Ist für das eigenhändige Testament Namensunterschrift erforderlich?, DJZ 11 (1906), 646

Haegele — Das eigenhändige Testament in Rechtsprechung, Schrifttum und Praxis, Jur Büro 1968, 343

Hagen, Horst — Formzwang und Formzweck im Zivilprozeß, JZ 1972, 505

Heldrich, Karl — Die Form des Vertrages, AcP 147 (1941), 89

Hellwig — Können Testamente mit Formfehlern aufrechterhalten werden?, DJZ 14 (1909), 426

Herminghausen — Formlos bindende Hofzusagen, DNotZ 1958, 115

Herold — Die "wahrheitsgemäße" Zeitangabe im eigenhändigen Testament, Sächs. Arch. 2 (1907), 507

v. Hippel, Fritz — Rechtsform und Rechtsformalismus, Gedanken zur Frage der Rechtserneuerung durch die Gerichte und zur Entscheidung des Landgerichts Hamburg vom 24. Dezember 1937 (JW. 1938, 107), aufgehoben durch Kammergerichtsbeschluß vom 3. Februar 1938 (JW. 1938, 680), JW 1938, 625

v. Hippel, Fritz — Die Unterschrift des eigenhändigen Testaments, ZAKDR 8 (1941), 269

Hirsch, Hans Joachim — Richterrecht und Gesetzesrecht, JR 1966, 334

Hölder, E. — Das Datum des eigenhändigen Testamentes, JheringsJ 50 (1914), 277

Hölder, E. — Das eigenhändige Testament, JheringsJ 41 (1900), 303

Johannsen — Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs auf dem Gebiete des Erbrechts - 7. Teil: Das Testament, WM 1971, 402

Josef, Eugen — Die Unterzeichnung von privatschriftlichen und öffentlichen Urkunden mit dem Vornamen und dem fälschlich geführten Namen, AcP 100 (1906), 418 (insbes. 488 ff.)

Klein, Hans H. — Richterrecht und Gesetzesrecht, DRiZ 1972, 333

Krause, R. — Kann eine formmangelhafte Verfügung von Todes wegen rechtsgültig sein?, FamRZ 1955, 161

Lange, Heinrich — Fritz von Hippel, Formalismus und Rechtsdogmatik, AcP 143 (1937), 99

Lange, Heinrich — Die Neugestaltung des deutschen Erbrechts, DR 1942, 1713

Lange, Heinrich — Zur Frage des handgeschriebenen Testaments, JAKDR 1936, 129

Lange, Heinrich — Zur Vergangenheit und Zukunft der Formen im Vermögensrecht, DNotZ 1934, 891

Leopold, Johannes — Das neue Gesetz über die Errichtung von Testamenten und Erbverträgen, DRpfl 1938, 322

Lorenz, Werner — Das Problem der Aufrechterhaltung formnichtiger Schuldverträge, AcP 156 (1957), 381

Lorenz, Werner — Rechtsfolgen formnichtiger Schuldverträge - BGH, NJW 1965, 81, JuS 1966, 429

Mantey — Das Erforderniß richtiger Datirung des holographischen Testaments (§ 2231 Nr. 2 B.G.B.), Gruchot 43 (1899), 641

Mattern, Gerhard — Anmerkung zu BGH Beschluß v. 19.5.1961 - V ZB 19/60, BWNotZ 1961, 230

Merle, Werner — Zur Rückgabe eines öffentlichen Testaments aus der amtlichen Verwahrung, AcP 171 (1971), 486

Michels — Die Rechtsunwirksamkeit unleserlicher Namensunterschriften, DJZ 8 (1903), 141

Mikat, Paul	Erbrecht, in: Staatslexikon der Goerres-Gesellschaft, 6. Aufl. 1958, S. 1214
Mikat, Paul	Gleichheitsgrundsatz und Testierfreiheit, in: Festschrift für Hans Carl Nipperdey, Band I, 1965, S. 581
Natter, E.	Anmerkung zu OLG Stuttgart DRZ 1949, 521 = NJW 1949, 755, DRZ 1949, 522
Niemeyer, L.	Das eigenhändige Testament, StAZ 1928, 79
Oertel	Besprechung: Das eigenhändige Testament, von Walther Brock, Sächs. Arch. 1903, 404
Pötzsch, Helmut	Hat das privatschriftliche Testament noch Daseinsberechtigung?, NJ 1951, 361
Redeker, Konrad	Legitimation und Grenzen richterlicher Rechtsetzung, NJW 1972, 409
Riedel, Johannes	Anmerkung zu KG NJW 1970, 612 = OLGZ 1970, 243, NJW 1970, 1278
Ring	Das eigenhändige Testament, DJZ 19 (1914), 159
Roth, Alfons	Rechtsform und Rechtsformalismus, DNotZ 1938, 281

Rumpf, Max — Die Auslegung der Formvorschriften in der reichsgerichtlichen Rechtsprechung, JW 1914, 445

Rupp, Hans Heinrich — Die Bindung des Richters an das Gesetz, Zu Theorie und Praxis der Rechtsanwendung, NJW 1973, 1769

Schmidt, Eberhard — Probleme der richterlichen Unabhängigkeit, DRiZ 1962, 401

Schmidt, Rudolf — Überspannung des Formalismus im Testamentsrecht, JZ 1951, 745

Schmidt, Rudolf — Der Widerruf des Testaments durch Vernichtung oder Veränderung der Testamentsurkunde, MDR 1951, 321

Schmidt-Rimpler, Walter — Grundfragen einer Erneuerung des Vertragsrechts, AcP 147 (1941), 130

Schulte — Formlose bäuerliche Übergabe- und Erbverträge, NJW 1958, 361 u. 820, NJW 1962, 2086

Schulze — Über die Verwendung der Blindenschrift bei der Errichtung letztwilliger Verfügungen, DNotZ 1955, 629

Singer — Abschaffung des eigenhändigen Testaments, DNotZ 1934, 482

Thiesing	Genügt die Unterschrift mit dem Vornamen beim eigenhändigen Testament?, DJZ 12 (1907), 352
Vogels, Werner	Inwieweit sind die Testamentsformen des Bürgerlichen Gesetzbuchs erneuerungsbedürftig?, ZAKDR 2 (1935), 635
Vogels, Werner	Das eigenhändige Testament nach dem Gesetz vom 31. Juli 1938, JW 1938, 2161
Vogels, Werner	Das neue Testamentsrecht (nach dem Gesetz vom 31. Juli 1938, RGBl. I S. 973), DJ 1938, 1269
Wagner	Formalismus in der bürgerlichen Rechtspraxis, DR 1934, 359
Weißler, Adolf	Rechtsprechung in Nachlaßsachen, DNotZ 8 (1908), 479
Werner, Olaf	Der praktische Fall, Bürgerliches Recht: Das kopierte Erblasserschreiben, JuS 1973, 434
Werner, Olaf	Zur Eigenhändigkeit letztwilliger Verfügungen, Die Durchschrift als Testament, DNotZ 1972, 6

Weyer — Das eigenhändige Testament, DNotZ 1935, 348

Wieacker, Franz — Stillschweigende Hoferbenbestimmung?, DNotZ 1956, 115

Wüstendörfer, Hans — Die deutsche Rechtsprechung am Wendepunkt, AcP 110 (1913), 219

Zeitschriftenabkürzungsverzeichnis

AcP	Archiv für civilistische Praxis
AnnSächsOLG	Annalen des (bis 1918: Kgl.) Sächsischen Oberlandesgerichts zu Dresden
BayJMBl.	Bayerisches Justizministerialblatt
BayObLGZ	Sammlung von Entscheidungen des Bayerischen Obersten Landesgerichts in (C) Zivilsachen (bis 17. 1900: des obersten Gerichtshofes für Bayern in Gegenständen des Civilrechts und Civilprozesses)
BB	Der Betriebs-Berater
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BlfRA	Seufferts Blätter für Rechtsanwendung (bis 71.1906: Blätter für Rechtsanwendung, zunächst in Bayern)
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BWNotZ	Mitteilungen aus der Praxis. Zeitschrift für das Notariat in Baden-Württemberg
DB	Der Betrieb
DFG	Deutsche Freiwillige Gerichtsbarkeit

DJ	Deutsche Justiz . Rechtspflege und Rechtspolitik . Amtliches Blatt der deutschen Rechtspflege
DJZ	Deutsche Juristen-Zeitung
DNotZ	Deutsche Notar-Zeitschrift
DR	Deutsches Recht
DRiZ	Deutsche Richterzeitung
DRpfl.	Deutsche Rechtspflege (1. 1936 - 4. 1939; vorher DRiZ, dann DRM)
DRW	Deutsche Rechtswissenschaft
DRZ	Deutsche Rechts-Zeitschrift
FamRZ	Ehe und Familie im privaten und öffentlichen Recht . Zeitschrift für das gesamte Familienrecht (1. 1954 ff.), ab 9. 1962 4: Zeitschrift für das gesamte Familienrecht . Ehe und Familie im privaten und öffentlichen Recht
GrundE	Das Grundeigentum
HEZ	Höchstrichterliche Entscheidungen Sammlung von Entscheidungen der Oberlandesgerichte und der Obersten Gerichte in Zivilsachen
HRR	Juristische Rundschau II. Bd.: Die Rechtsprechung (1. 1925 - 3. 1927; dann:) Höchstrichterliche Rechtsprechung

JAKDR	Jahrbuch der Akademie für Deutsches Recht
JFG	Jahrbuch für Entscheidungen in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit und des Grundbuchrechts
JheringsJ	Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen Rechts und deutschen Privatrechts (ab Folge II 1. [= 37.] 1897: Jherings Jahrbücher der Dogmatik des bürgerlichen Rechts)
JMBl.	Justizministerialblatt
JR	Juristische Rundschau
Jur Büro	Das Büro (1. 1950 ff.; ab 7. 1956: Das Juristische Büro)
JuS	Juristische Schulung. Zeitschrift für Studium und Ausbildung
Justiz	Die Justiz. Zeitschrift für Demokratie in Staat und Recht
JW	Juristische Wochenschrift (1. 1872 - 68. 1939; dann DR)
JZ	Juristenzeitung (6. 1951 ff.; Fortsetzung von DRZ und SJZ)
KGBl.	Blätter für Rechtspflege im Bezirk des Kammergerichts

KG(J)	Jahrbuch für Entscheidungen des Kammergerichts in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit,in Kosten-, Stempel- und Strafsachen (bis 19. 1899: in Sachen der nichtstreitigen Gerichtsbarkeit)
LM	Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofes, Leitsätze und Entscheidungen mit Anmerkungen, hrsg. von Lindenmaier und Möhring
LZ	Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht (bis 7. 1913: für Handels-, Konkurs- und Versicherungsrecht)
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
NJ	Neue Justiz
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
OLG Rspr	Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts
OLGZ	Entscheidungen der Oberlandesgerichte in Zivilsachen einschl. der freiwilligen Gerichtsbarkeit
Recht	Das Recht

RGSt	Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
Rpfleger	Der Deutsche Rechtspfleger (42. 1931 - 46. 1935; vorher: ZDJ; dann bis 1942 DRpfl. und DRM)
Sächs.Arch.	Sächsisches Archiv für Bügerliches Recht und Prozeß (ab 14. 1904: für Deutsches Bürgerliches Recht)
SeuffA	Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten
StAZ	Zeitschrift für Standesamtswesen (1. 1921 - 24. 1944. N.F.1.1948); dann: Das Standesamt. Zeitschrift für Standesamtswesen, Personenstandsrecht, Ehe- und Kindschaftsrecht, Staatsangehörigkeitsrecht
WarnRspr	Die Rechtsprechung des Reichsgerichts auf dem Gebiete des Zivilrechts, soweit sie nicht in der amtlichen Sammlung der Entscheidungen des Reichsgerichts abgedruckt ist (bis 10. 1917: Warneyers Jahrbuch der Entscheidungen - Ergänzungsband), hrsg. v. Warneyer

WM	Wertpapier-Mitteilungen
ZAKDR	Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht

22+7476